



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas - FAJS

CARLOS HENRIQUE SOUZA RABELO

**EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS DECISÃO DE  
SEGUNDA INSTÂNCIA E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Um estudo sobre a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado e da possível harmonia entre a prisão e o princípio da presunção de inocência.

Brasília

2018

CARLOS HENRIQUE SOUZA RABELO

**EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS DECISÃO DE  
SEGUNDA INSTÂNCIA E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:**

Um estudo sobre a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado e da possível harmonia entre a prisão e o princípio da presunção de inocência.

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do curso de graduação de bacharel, da Faculdade de Direito, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Humberto Fernandes de Moura.

Brasília

2018

CARLOS HENRIQUE SOUZA RABELO

**EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS DECISÃO DE  
SEGUNDA INSTÂNCIA E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:**

Um estudo sobre a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado e da possível harmonia entre a prisão e o princípio da presunção de inocência.

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do curso de graduação de bacharel, da Faculdade de Direito, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Humberto Fernandes de Moura.

Brasília, \_\_\_\_\_ de outubro de 2018.

Banca examinadora:

---

Professor Humberto Fernandes de Moura  
Orientador

---

Professor (a).  
Examinador (a)

---

Professor (a).  
Examinador (a)

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

## RESUMO

A discussão acerca da execução da pena após a decisão em segunda instância é de suma importância para nossa sociedade, que muitas vezes deixa de acreditar na efetividade da justiça pela sua morosidade e pelo fato que muitas vezes o réu só ser preso anos após o fato. A recente rediscussão no Supremo Tribunal Federal sobre a ofensa ao princípio da presunção de inocência demonstra a cautela na ponderação de princípios constitucionais, buscando dar efetividade ao processo. Já que de um lado temos a pretensão punitiva do estado e de outra a presunção de inocência concedida ao réu, devendo, portanto seguir certos requisitos para que possa ocorrer sua prisão. Como nosso ordenamento jurídico só prevê um tipo de modalidade de prisão antes do trânsito em julgado, esta só pode ocorrer de forma cautelar e não de forma automática e tampouco como uma antecipação da prisão pena. O presente trabalho objetiva analisar o princípio da presunção de inocência e suas características, bem como o que vem a ser prisão, as suas modalidades e seus princípios, para que se possa avaliar o cabimento da prisão a partir da decisão condenatória de segunda instância.

Palavras-chave: Direito constitucional; Direito penal; Direito Processual penal; Execução da pena; Princípio da presunção de inocência; Prisão após segunda instância.

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>	<b>8</b>
1.1. Princípio da presunção de inocência na história .....	8
1.2. Classificações e terminologias do Princípio da Presunção de inocência.....	10
1.3. Características do princípio constitucional da Presunção de Inocência .....	14
<b>2. PRISÕES.....</b>	<b>17</b>
2.1. Conceito e tipos de prisão. ....	17
2.1.1. Prisão-pena .....	18
2.1.2. Prisão processual ou prisão cautelar/provisória .....	19
2.2 Princípios aplicáveis à prisão cautelar .....	20
2.3. Espécies de prisão cautelar .....	25
2.3.1. Prisão em flagrante .....	26
2.3.2. Prisão preventiva .....	31
2.3.3. Prisão Temporária.....	38
2.3.4. Prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível .....	40
2.3.5. Prisão decorrente de pronúncia .....	41
<b>3. PRISÃO A PARTIR DE DECISÃO CONDENATÓRIA DE SEGUNDA INSTÂNCIA COMO FORMA DE EXECUÇÃO ANTECIPADA E PROVISÓRIA DA PENA .....</b>	<b>44</b>
3.1. HC 126.292/SP, a restauração da jurisprudência tradicional. ....	44
3.1.1. Votos contra a execução da pena a partir de decisão de segunda instância. ....	56
3.2. HC 152.752/PR, a confirmação da aplicação da jurisprudência tradicional. ....	61
3.2.1 Votos Contra a aplicação da jurisprudência tradicional .....	65
3.3. Análise Crítica .....	70
3.3.1. Análise internacional e cronológica da aplicação do princípio da presunção de inocência. ....	71
3.3.2. Relação do princípio da presunção de inocência com os recursos de natureza extraordinária e com a prescrição. ....	73
3.3.3. Necessidade de fundamentação da decisão para que não haja ofensa ao princípio da presunção de inocência.....	77
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>79</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>82</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo analisar a constitucionalidade da execução da sentença penal condenatória proferida em segunda instância, baseado no princípio da presunção de inocência. A motivação para o presente tema advém da atual discussão entre o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal em relação ao cabimento da execução da sentença penal condenatória a partir da decisão de segunda instância.

A discussão se faz necessária pelo posicionamento divergente do STF, tendo em vista que em 2016 adotou o entendimento que a execução da sentença não ofenderia o princípio da presunção de inocência, modificando o entendimento aplicado em 2009 no HC 84.078/MG e em 2018 discutiu novamente a matéria, demonstrando assim a relevância do tema.

Para se aprofundar a respeito da temática, primeiramente será tratado sobre o princípio da presunção de inocência, abordando seu desenvolvimento histórico, sua terminologia, sua natureza jurídica, seus objetivos, garantias e características. Em relação a parte histórica, serão apresentados alguns acontecimentos importantes que contribuíram para evolução e fortalecimento do princípio da presunção de inocência. Posteriormente, será feito um estudo sobre suas classificações e terminologias para então se analisar sua aplicação na Constituição Federal de 1988.

O princípio da presunção de inocência trata da liberdade do indivíduo como um direito fundamental, resguardando seu direito de ir e vir até que haja sentença penal condenatória transitada em julgado. Sendo assim, exige-se que o acusado seja preservado de juízos precipitados acerca de sua culpabilidade, e que seja tratado como inocente durante o processo. O princípio da presunção de inocência age limitando as medidas cautelares, não no sentido de vedá-las, mas dando um caráter de excepcionalidade, sendo admitida somente em casos de extrema necessidade observando seus requisitos.

Os princípios servem de base a todo o sistema jurídico, direcionando e fornecendo uma razão em favor de uma solução, ordenando que algo seja realizado na medida do possível. Serão apresentados alguns princípios aplicáveis às prisões cautelares, evidenciando que não existe princípio absoluto, podendo esses ser relativizados por meio da ponderação de acordo com o caso concreto.

Feita essa análise, será definido o que vem a ser a prisão, as modalidades de prisões existentes no nosso ordenamento jurídico, seus fundamentos e os princípios aplicáveis. Após apresentados os conceitos de prisão, será feito um estudo sobre as duas modalidades de prisões, a prisão cautelar que é aplicada no decorrer do processo especialmente antes do trânsito em julgado, e a prisão-pena, consequência de uma sentença condenatória transitada em julgado objetivando a execução da pena aplicada ao acusado.

Em seguida, será analisada a prisão a partir de decisão penal condenatória de segunda instância como forma de execução provisória e antecipada da pena, com base nos acórdãos proferidos pelo STF nos HCs 126.292/SP e 152.752/PR. Serão apresentados os votos de cada Ministro, demonstrando as fundamentações e justificativas, bem como a abordagem dos pontos mais relevantes para compreensão do tema. Em cada análise, inicialmente será feita uma introdução sobre o que foi discutido, e posteriormente a exposição dos votos divididos entre os que acompanharam ou divergiram do Relator. No HC 152.752/PR, serão demonstrados os votos dos ministros que mudaram sua posição frente ao tema em relação ao HC 126.292/SP.

O HC 126.292/SP de 2016 foi um marco importante para a restauração do entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, onde passou a se permitir a execução da pena após decisão de segunda instância. Esse entendimento foi aplicado da vigência da Constituição em 1988 até 2009, quando no HC 84.078/MG houve a proposta de mudança.

Já o HC 152.752/PR de 2018, trouxe novamente a discussão acerca do tema, apresentando as consequências que o julgamento do HC 126.292/SP trouxeram. Novamente, os Ministros decidiram sobre a permanência do

entendimento que ficou consolidado em 2016, por diferença de 6 votos a 5, restou consolidado que a prisão a partir de decisão condenatória de segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência.

Por fim, será apresentada a análise crítica sobre o tema, discorrendo sobre a possível ofensa da execução antecipada da pena ao princípio da presunção de inocência, com base no que foi apresentado. Será feita uma análise internacional e cronológica da aplicação do princípio da presunção de inocência, sua relação com os recursos de natureza extraordinária, relação do referido princípio com a prescrição e por último a necessidade de fundamentação da decisão para que não haja ofensa ao princípio da presunção de inocência.



## 1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O presente capítulo tem por objetivo esclarecer acerca do princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade exposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>. Sua relação com a presente monografia é de extrema relevância, pois trata da liberdade do indivíduo como direito fundamental, resguardando seu direito de ir e vir até que haja sentença penal condenatória transitada em julgado.

Tal princípio tem extrema importância por tutelar à liberdade dos indivíduos, atuando em contraponto com as prisões, onde os dois institutos devem atuar em harmonia, de modo que a prisão deverá ser relaxada caso ocorra uma ofensa ao referido princípio constitucional. O tema é de imensa repercussão no âmbito do direito constitucional, penal e processual penal do nosso ordenamento jurídico, e vem atualmente sendo muito discutido principalmente pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O grande questionamento é se a prisão autorizada após decisão de segunda instância ofenderia o princípio constitucional da presunção de inocência, o qual afirma que alguém só será considerado culpado após decisão condenatória transitada em julgado. Neste capítulo primeiramente será feita uma análise histórica desse princípio e, posteriormente, apresentar suas características, garantias e objetivos.

### 1.1. Princípio da presunção de inocência na história

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade tem origem bem remota. Sua aparição inicial, mais forte, ocorreu no sistema *common law* (lei comum) pelo princípio *Due Process of law* (devido processo legal), onde haviam normas que resguardavam os direitos do cidadão, registradas em 1691, no documento conhecido como *Bill of Rights*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

<sup>2</sup>GOMES, Magno Federici. *A compatibilidade entre a Presunção da Inocência e a Prisão Preventiva*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Nº 53. Trad. Hugo Vidal Trindade. São Paulo: Editora IOB, 2009, p. 19-33.

O princípio da presunção de inocência foi determinado originalmente na Declaração do Homem e do Cidadão, ocorrido em 1789, após a Revolução Francesa. Apontado como um dos direitos naturais e inalienáveis do homem, em seu art. 9º determinou que “todo homem sendo presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo o rigor que não for necessário para garantir a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei” <sup>3</sup>.

Outra data importante para a história desse princípio foi em 2 de maio de 1948, onde mais um grande passo foi dado em relação à construção do princípio do estado de inocência - o art. XXVI da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem dispunha que “parte-se do princípio de que todo acusado é inocente até que sua culpabilidade seja provada” <sup>4</sup>.

Ainda em 1948, do dia 10 de dezembro, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi oficializada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Seu art. 11 preceituava que: “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”<sup>5</sup>.

O princípio da presunção de inocência não era completamente obedecido e respeitado até referida época. Após a Declaração Universal de Direitos e Deveres do Homem, não se observou nenhuma reforma processual penal que pretendesse adequar o sistema processual penal brasileiro de acordo com o princípio da presunção de inocência<sup>6</sup>.

Em torno de vinte anos após a Declaração Universal, a ONU proclamou, em 16 de dezembro de 1966, o documento que abrangeria todas as garantias do processo penal, O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. O tratado reafirmou em seu art. 14 que “toda pessoa acusada de um delito terá direito

---

<sup>3</sup>FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. *A prisão preventiva e o princípio presunção da inocência*. Londrina: UNOPAR Cient., Ciências Jurídicas Empresariais, 2004, p. 25-31.

<sup>4</sup>GOMES, Magno Federici. *A compatibilidade entre a Presunção da Inocência e a Prisão Preventiva*. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Nº 53. Trad. Hugo Vidal Trindade. Editora IOB. São Paulo: Editora IOB, 2009, p. 19-33.

<sup>5</sup>Idem.

<sup>6</sup>FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. *Princípio da presunção de inocência alguns aspectos históricos*. Conteúdo Jurídico, jan 2015. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/artigo,princípio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos,52030.html>>. Acesso em: 19 set. 2018.

a que se presume sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa.”<sup>7</sup>.

Em 22 de novembro de 1969, em solo americano, foi realizada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na cidade San José da Costa Rica. Devido a esse fato, a Convenção ficou popularmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que reproduziu as disposições do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e acrescentou algumas disposições complementando este<sup>8</sup>.

No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo decreto legislativo 27, de 25 de setembro de 1992, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992. O Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, em seu art. 8º, inciso I, preceitua que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”<sup>9</sup>.

Finalmente o referido princípio foi elencado expressamente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º que dispõe sobre direitos e deveres individuais e coletivos. Desta forma, o princípio da presunção de inocência foi incorporado à Constituição brasileira resultante da conjugação entre do §2º, do art. 5º, da CF/88 e a ratificação do pacto de São José da Costa Rica pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992<sup>10</sup>.

## **1.2. Classificações e terminologias do Princípio da Presunção de inocência**

A presunção de inocência normalmente é antecedida do substantivo princípio, porém deve-se analisar se é uma regra absoluta, onde se cumpre tudo ou nada, ou realmente de um princípio que pode ser relativizado de acordo com o caso concreto. Há vários critérios usados para diferenciação de regras e princípios, como

---

<sup>7</sup>GOMES, Magno Federici. *A compatibilidade entre a Presunção da Inocência e a Prisão Preventiva*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Nº 53. Trad. Hugo Vidal Trindade. São Paulo: Editora IOB, 2009, p. 19-33.

<sup>8</sup>FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. *Princípio da presunção de inocência alguns aspectos históricos*. Conteúdo Jurídico, jan 2015. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/artigo,princípio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos,52030.html>>. Acesso em: 19 set. 2018.

<sup>9</sup>Idem.

<sup>10</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

a generalidade, grau de abstração, caráter de fundamentalidade, especificidade, entre outros parâmetros<sup>11</sup>.

Cumprе ressaltar que até a atualidade negavam-se normatividade aos princípios, estes eram usados apenas como critério interpretativo auxiliar nos casos em que certa regra jurídica não fosse claramente estabelecida. A partir do Pós-Positivismo, movimento constitucional das últimas décadas do século XX, os princípios passaram a ser considerados como direito, dispondo de duas espécies de distribuição, os princípios e as regras. Sendo assim, regras e princípios estão sob o conceito de normas, se apresentando de duas formas distintas<sup>12</sup>.

Segundo Dworkin (2007, p. 114 apud Barbagalo, 2015, p.63), as regras são aplicadas da maneira do tudo ou nada, de acordo com o que a regra estipula ela poderá ser válida ou inválida, respeitada sua observação. Já os princípios, não determinam uma decisão a ser tomada, fornecem uma razão em favor de uma solução, mas não a estipula. Os princípios possuem fundamentos que ponderados com outros princípios, verifique-se qual terá maior peso, fornecendo a solução mais relevante para um caso concreto<sup>13</sup>.

No mesmo sentido, Alexy (2009, p. 91 apud Barbagalo, 2015, p. 63) afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Já as regras são normas que sempre são satisfeitas ou insatisfeitas, se uma regra vale, deve-se fazer exatamente o que ela determina<sup>14</sup>.

A presunção de inocência considerada como regra jurídica aplicada na teoria do tudo ou nada, inviabilizaria a persecução penal, pois seria inconstitucional qualquer investigação realizada pelo Estado<sup>15</sup>. Nesse sentido, Zanoide<sup>16</sup> considera que a presunção de inocência é norma-princípio, pois sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, é uma decisão político-ideológica, diferente das normas-regras que são prescritivas de condutas.

---

<sup>11</sup>BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015, p. 61.

<sup>12</sup>Ibidem, p.62.

<sup>13</sup>Dworkin (2007, p. 114 apud Barbagalo, 2015, p.63).

<sup>14</sup>Alexy (2009, p. 91 apud Barbagalo, 2015, p. 63).

<sup>15</sup>Ibidem, p.63.

<sup>16</sup>MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77.

Feitas essas considerações, entende-se que a presunção de inocência deve ser incluída na categoria dos princípios. Além de várias características semelhantes às dos princípios, é nítida sua constante interação com outros princípios constitucionais. A situação fática e jurídica se submete a verificação da preponderância entre a presunção de inocência e os demais princípios constitucionais, o que for considerado mais relevante deverá ser aplicado ao caso concreto, flexibilizando os princípios considerados de menor peso<sup>17</sup>.

Agora serão analisadas as terminologias do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. A base teórica do referido princípio se encontra no Iluminismo. O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade surgiu em contraposição ao sistema inquisitorial do direito canônico-germânico, em que o acusado não possuía nenhuma garantia. Essa garantia constitucional é fruto da necessidade de proteção do indivíduo em relação ao Estado Absolutista, que preconizava a presunção de culpabilidade do acusado<sup>18</sup>.

Em relação à divergência das terminologias presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, tal diferenciação já existia desde as Escolas Penais Italianas dos séculos XIX e XX. O crescimento da população urbana e o aumento da criminalidade fizeram com que a presunção de inocência passasse a ser questionada<sup>19</sup>.

Naquela época, o interesse público se sobressaía aos interesses do acusado, a liberdade era um direito social não individual, concebido pelo estado. Desta feita, buscava-se a prova para a condenação e, apenas quando esta não era obtida, é que prevalecia o interesse do acusado à liberdade, ainda assim, a sua inocência não era declarada. Nesse sentido, apresenta Fernando Brandini Barbagalo<sup>20</sup>:

“Em suma, iniciada a ação penal, não cabia mais falar em inocência, mas apenas em culpado e não culpado. A pessoa imputada não seria, em qualquer hipótese, inocente, pois afinal perdeu tal *Status* ao ser denunciado.”.

---

<sup>17</sup>BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015, p. 65.

<sup>18</sup>FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 201.

<sup>19</sup>BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015, p. 55.

<sup>20</sup>Ibidem, p. 57.

Contudo, enquanto o juiz não reconhecesse a culpa do acusado, ele jamais seria considerado inocente. Com base nesses pensamentos, houve a mudança da presunção de inocência iluminista pela presunção de não culpabilidade criada pelo positivismo jurídico italiano do século XIX. Percebe-se que a Itália teve enorme influência no âmbito da garantia constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade<sup>21</sup>.

As tendências das Escolas Penais Italianas influenciaram a elaboração do Código de Processo Penal italiano de 1931, e conseqüentemente serviu de base ao Código de Processo Penal Brasileiro de 1941. No Brasil, a Constituição Federal não utilizou a expressão “inocência” para estabelecer a garantia processual. Semelhante a Constituição italiana, adotou a culpabilidade do imputado como garantia processual, considerando que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação<sup>22</sup>.

Existe enorme divergência na doutrina brasileira quanto à terminologia correta. Alguns doutrinadores como Tourinho Filho<sup>23</sup> e Norberto Avena<sup>24</sup>, entendem que a Constituição de 1988 adotou a presunção de inocência. Já para Mirabete<sup>25</sup>, o postulado acolhido pela Carta Magna de 1988 foi da não culpabilidade. Nesse sentido, se fosse levado às últimas conseqüências, o princípio da presunção de inocência impediria qualquer medida coercitiva contra o réu, mas, o que a Constituição Federal impede é o tratamento do réu como culpado durante o processo, devendo ser tratado apenas como acusado<sup>26</sup>.

Há ainda os que afirmam não haver diferença, conforme pondera Gustavo Henrique Badaró<sup>27</sup>, não há diferença de conteúdo entre as presunções. As expressões inocente e não culpável teriam idêntico conteúdo, devendo ser reconhecida a equivalência entre as terminologias, tentar distingui-las seria uma tentativa inútil do ponto de vista processual.

---

<sup>21</sup>BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015, p. 57.

<sup>22</sup>Ibidem, p. 58.

<sup>23</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

<sup>24</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2015, p. 27.

<sup>25</sup>MIRABETE, Júlio Fabríni. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 29.

<sup>26</sup>FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 202.

<sup>27</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal - tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 16.

Em suma, percebe-se que Constituição Federal optou pela terminologia “presunção de inocência”. Porém, a essência das terminologias é a mesma, consubstanciada em regras de tratamento e na excepcionalidade das medidas coercitivas processuais, e também na produção e análise do conjunto probatório. No Supremo Tribunal Federal, conforme se demonstrará no capítulo 3, as duas terminologias são utilizadas, presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. Na maioria das vezes se usa a terminologia presunção de inocência, e em muitos casos as duas formas são utilizadas sem distinção.<sup>28</sup>

### 1.3. Características do princípio constitucional da Presunção de Inocência

Em relação à natureza jurídica, partindo do ponto de vista extrínseco, o referido princípio configura um direito constitucional fundamental, e em relação ao ponto de vista intrínseco o princípio é considerado de natureza predominantemente processual<sup>29</sup>.

Há um estado de inocência que acompanha o cidadão desde seu nascimento até que se prove sua culpabilidade, após um devido processo legal, com provas lícitas e suficientes para incriminar o acusado, bem como o respeito de todas as garantias processuais<sup>30</sup>. Trata-se de uma imputação ética destinada aos que detém o domínio do poder: considerar a pessoa processada criminalmente fragilizada na relação processual, como inocente, ainda que futuramente se demonstre o contrário<sup>31</sup>.

Este princípio reflete no campo probatório, no regime prisional, nas garantias e no tratamento do acusado. Sua influência no campo probatório está no fato do ônus da prova do fato criminoso ser distribuído exclusivamente para acusação, ou seja, quem acusa tem obrigação de provar o que está afirmando. Em relação ao tratamento do acusado, o princípio busca vedar o tratamento vexaminoso ao aprisionado, porém, no plano processual a verdadeira necessidade seria o motivo

<sup>28</sup>BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015, p. 60.

<sup>29</sup>FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. *A prisão preventiva e o princípio presunção da inocência*. Londrina: UNOPAR Cient., Ciências Jurídicas Empresariais, 2004, p. 25-31.

<sup>30</sup>MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 273.

<sup>31</sup>BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015, p. 60.

justificador da custódia anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>32</sup>.

A característica principal deste princípio é a vedação de juízo de antecipação de culpabilidade, proibindo a imposição de tratamento próprio do regime condenatório, privando a liberdade do indivíduo sem o devido trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exigido pelo inciso LVII do art. 5º da CF/88. Tal inciso fixa limites bem perceptíveis da atividade persecutória, sem prejuízo da tutela do interesse público na apuração do crime, proibindo que as medidas cautelares sejam utilizadas como sanções, de modo a evitar a antecipação da pena do acusado<sup>33</sup>.

O princípio da presunção de inocência age limitando as medidas cautelares, não no sentido de vedá-las, mas para dar um caráter de excepcionalidade para tal medida, sendo admitida a prisão antes do trânsito em julgado da sentença somente em casos de extrema necessidade, e na exata medida dessa necessidade, tendo em vista a gravidade que é a prisão de uma pessoa antes de decorrido o devido processo legal. O princípio da presunção de inocência e as prisões cautelares encontram-se no mesmo patamar de hierarquia legislativo, podendo conviver harmoniosamente dentro do mesmo sistema constitucional<sup>34</sup>.

Portanto, qualquer medida de coerção pessoal contra o acusado durante o processo somente deveria ser adotada se revestida de caráter cautelar. Em relação às prisões cautelares, é importante ressaltar que se não forem preenchidos os requisitos do *Fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* a prisão terá o condão de executar a pena privativa de liberdade antes condenação transitada em julgado, violando dessa forma o princípio da presunção de inocência<sup>35</sup>.

Feitas essas considerações, percebe-se a colisão de dois interesses extremamente relevantes: o direito individual do sujeito com sua liberdade garantida antes do provimento condenatório definitivo e o interesse social na efetividade do processo de eventual provimento condenatório. O que se busca impedir é que o acusado seja tratado como culpado antes do término do processo. Sendo assim, o

---

<sup>32</sup>BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015, p. 60.

<sup>33</sup>Idem.

<sup>34</sup>FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. *A prisão preventiva e o princípio presunção da inocência*. Londrina: UNOPAR Cient., Ciências Jurídicas Empresariais, 2004, p. 25-31.

<sup>35</sup>FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 202.



acusado tem o direito de ser tratado como não participante do crime, ser presumidamente inocente, evitando a antecipação de qualquer juízo condenatório<sup>36</sup>.

O princípio da presunção de inocência integrado com o Princípio *in dubio pro réu*, garante ao acusado que em caso de dúvida prevaleça sua inocência, devendo esse ser absolvido. Somente será retirado o *status* de inocente em caso de sentença condenatória transitada em julgado, a qual atribuirá culpabilidade ao indivíduo. Uma das funções do princípio da presunção de inocência é limitar o poder punitivo do Estado, visto como estado natural do indivíduo, o estado de inocência garante ao acusado um tratamento digno desde a instauração do processo até seu trânsito em julgado<sup>37</sup>.

Tal princípio apresenta três aspectos. Seu primeiro aspecto está relacionado ao momento da instrução processual, atuando como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo o ônus probatório. Seu segundo aspecto está relacionado ao momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida, intimamente relacionado com o princípio *in dubio pro réu*. Por fim, no curso do processo penal, atua como paradigma de tratamento do imputado, principalmente no que concerne à análise da necessidade de prisão cautelar<sup>38</sup>.

Portanto, trata-se de um direito constitucional fundamental que veda qualquer juízo de antecipação de culpabilidade, que proíbe a privação da liberdade do indivíduo sem o devido trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

---

<sup>36</sup>FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. *A prisão preventiva e o princípio presunção da inocência*. Londrina: UNOPAR Cient., Ciências Jurídicas Empresariais, 2004, p. 25-31.

<sup>37</sup>MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 185.

<sup>38</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44.

## 2. PRISÕES

Este segundo capítulo objetiva esclarecer todas as modalidades de prisões que existem no nosso ordenamento jurídico. Inicialmente conceituando e diferenciando as duas modalidades principais, prisão cautelar e prisão-pena, e posteriormente um estudo aprofundado de todas as espécies das prisões cautelares.

Sua relação com a presente monografia é esclarecer as peculiaridades dos diversos tipos de prisões existentes, para que possa ser feita uma análise acerca do tema que trata do princípio da presunção de inocência e da prisão após decisão de segunda instância. Ambos os institutos tratam da liberdade do indivíduo, por isso são tão relevantes para o estudo, é importante saber diferenciar suas modalidades para que com conceitos apresentados seja possível uma análise esclarecedora e completa do tema.

Ao longo desse capítulo será feita a diferenciação das modalidades de prisões existentes, bem como uma análise cronológica apresentando as mudanças trazidas no decorrer dos anos, em especial, a mais relevante trazida pela Lei 12.403/11 que modificou e inovou diversos aspectos acerca das prisões cautelares.

### 2.1. Conceito e tipos de prisão.

Trata-se da privação da liberdade de locomoção de determinada pessoa, do seu direito de ir e vir. Segundo Fernando Capez a prisão “é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante de delito” <sup>39</sup>.

A prisão é considerada uma medida de exceção, pois a regra é o acusado responder o processo em liberdade, onde só será preso se demonstrar necessário para eficácia das investigações ou do processo criminal. Via de regra, o instrumento formal que autoriza uma prisão é o mandado de prisão<sup>40</sup>.

Há alguns casos que a lei excepciona permitindo a prisão sem o mandado, sendo exemplos à prisão em flagrante, transgressão militar ou crime propriamente militar, prisões disciplinares, prisões constitucionais de caráter cautelar (estado de defesa e de sítio) e recaptura do preso.

---

<sup>39</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 244.

<sup>40</sup>Ibidem, p. 245.

Assim, a prisão é uma exceção à regra que seria responder o processo em liberdade, mas só ocorre quando se faz necessária para a efetividade da investigação e do processo, sendo permitido inclusive sem mandado de prisão em alguns casos específicos.

No ordenamento jurídico brasileiro existem basicamente 2 (dois) tipos de prisões. A prisão cautelar, que tem o objetivo de tutelar o processo ou a investigação criminal, assegurando a aplicação da lei penal. É aplicada no decorrer do processo, especialmente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Há também a prisão-pena, consequência de uma sentença condenatória transitada em julgado, onde o objetivo não é mais a tutela do processo, mas sim a execução da pena aplicada ao acusado.

Cumprе ressaltar que, a prisão-pena teoricamente só seria possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Na atualidade, o que vem sendo aplicado é a execução automática da prisão-pena após decisão de segunda instância, sem que sejam esgotados todos os recursos às instâncias superiores. Daí surge a discussão sobre o tema do presente projeto: se essa execução antecipada da pena ofende ou não o princípio da presunção de inocência.

Portanto, cada espécie de prisão visa um objetivo distinto, e apesar da prisão-pena visar a execução da pena por parte do acusado, tem sido aceita a tese de antecipação da execução a partir da decisão em segunda instância.

### **2.1.1. Prisão-pena**

É a prisão determinada por sentença condenatória transitada em julgado, onde há a privação da liberdade do acusado com o objetivo de executar uma decisão judicial, à qual após o decorrer do devido processo legal restou determinada o cumprimento de pena privativa de liberdade. Cumprе ressaltar que a finalidade desse tipo de prisão é a satisfação da pretensão executória do Estado, não tem finalidade acautelatória nem natureza processual<sup>41</sup>.

Também é conhecida como prisão definitiva, aquela advinda da execução de uma sentença judicial condenatória. Entende-se que o trânsito em

---

<sup>41</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.244.

julgado da sentença penal condenatória é o pressuposto principal para aplicação dessa modalidade de prisão<sup>42</sup>.

Aury Lopes Júnior entende que neste caso a prisão será vista como sanção penal, ou seja, a pena imposta àqueles que foram definitivamente condenados por uma infração penal<sup>43</sup>.

Sendo assim, a prisão que deriva da condenação penal propriamente dita, satisfaz a pretensão punitiva do Estado e o débito do cidadão com a sociedade, que ao final do cumprimento de sua pena tem a possibilidade de retornar à vida em sociedade.

### 2.1.2. Prisão processual ou prisão cautelar/provisória

A natureza jurídica desse tipo de prisão é processual, não tem um caráter condenatório, tem a finalidade cautelar de assegurar a eficácia das investigações, do processo criminal, da execução da pena ou de impedir que o acusado solto volte a cometer novos delitos<sup>44</sup>.

É a prisão que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tem como pressupostos indispensáveis para sua decretação o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*.

Segundo Guilherme Souza Nucci<sup>45</sup>, *Periculum in Mora* é o risco da demora, ou seja, não é possível esperar que o processo termine, sendo imprescindível que a prisão do acusado ocorra antes do trânsito em julgado da sentença. Caso se espere o regular decorrer do processo para obter no final uma sentença condenatória, a prisão poderá ter se tornado algo inútil, seja porque o réu já fugiu, ameaçou testemunhas etc. No direito penal também é conhecido como *periculum libertatis*.

No mesmo sentido, *Fumus Boni Iuris* seria a fumaça do bom direito, que no Direito Penal seria o *Fumus Commissi Delicti*, ou seja, uma grande probabilidade de condenação do acusado. Só se deve prender alguém antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória caso fique demonstrado que há

---

<sup>42</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.510.

<sup>43</sup>LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 788.

<sup>44</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p.1000.

<sup>45</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 500.

enorme possibilidade do acusado ser condenado ao fim do processo, sendo indispensáveis e essenciais à observação das provas de materialidade e indícios de autoria do crime.

Desta forma, para ocorrer a prisão com objetivo acautelatório, a mesma deve se basear no real risco de que a liberdade do acusado coloque em risco a efetividade do processo, e se faz necessário ainda que seja provável a sua condenação.

## **2.2 Princípios aplicáveis à prisão cautelar**

Os princípios adquirem uma grande importância em um Estado Constitucional, servindo como uma base a todo o sistema jurídico, dando efetividade e validade para este sistema. Tal instituto surge na busca de uma unificação do sistema jurídico, evidenciando as ideias que devem direcionar o ordenamento jurídico de uma forma geral.

Como em todos os sistemas surgem conflitos, os princípios nascem como uma ferramenta para solução destes. Analisando especificamente a decretação da medida cautelar, vemos entre seus princípios guias, os seguintes princípios: princípio da jurisdicionalidade; princípio da instrumentalidade; princípio do devido processo legal; princípio do contraditório e ampla defesa; princípio da razoabilidade; dentre outras garantias constitucionais, como a presunção da inocência.

O princípio da jurisdicionalidade demonstra a importância da prisão cautelar ser decretada por um juiz, ou seja, é uma medida judicializada. Sendo completamente ilícita a decretação de prisão cautelar por qualquer outra pessoa se não de autoridade judicial competente para o caso<sup>46</sup>, atendendo ao princípio do juiz natural. Neste sentido, apresenta Miguel Tedesco Wedy<sup>47</sup>:

“Mesmo em se tratando de prisão em flagrante por crimes hediondos, em que a lei veda a liberdade provisória (lei nº 8072/90, art. 2º, II), o juiz deverá fundamentar a decisão, manifestando-se sobre a decretação ou não-decretação da prisão preventiva, atentando

---

<sup>46</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)>. Acesso em: 15 set. 2015.

<sup>47</sup>WEDY, Miguel Tedesco. *Prisão cautelar e princípios constitucionais*. Passo Fundo: Revista Justiça do Direito, v. 18, 2004, p. 80.

sempre para o fundamento e o requisito da prisão cautelar a fim de respeitar o caráter instrumental de tais medidas.”.

Demonstrando a importância de determinadas matérias submetidas à avaliação do poder judiciário, esta medida judicializada pode ocorrer de duas formas. A primeira seria a reserva constitucional de jurisdição, que determina que a decisão na prática de determinados atos seja cabível somente ao juiz, de acordo com o disposto na Constituição. A segunda busca o mesmo efeito, o de assegurar que certas decisões só possam ser tomadas pela autoridade judiciária competente, porém, sua fonte é a lei.

Desta forma, e de acordo com o artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal<sup>48</sup>, as medidas cautelares devem ser decretadas pelo juiz criminal. Destacando que tal manifestação deve ser devidamente fundamentada, como uma garantia à liberdade na locomoção do acusado.

Tal previsão busca garantir que sejam observados alguns princípios integrantes do processo penal, como a imparcialidade e a independência do juiz, o duplo grau de jurisdição, a ampla defesa do direito e o contraditório.

Percebe-se, portanto, que o princípio da jurisdicionalidade é a regra, mas existe exceção, como no caso da cautelar fiança que pode ser arbitrada pela autoridade policial (delegado de polícia) independentemente da autorização do juiz. Porém, tal exceção ocorre em crimes com penas não superiores a 4 anos, caso contrário, deve ser apreciado pelo juiz.

O princípio da instrumentalidade destaca que o processo cautelar é um instrumento do processo principal, buscando resguardar e efetivar o resultado deste, já que o tempo pode trazer prejuízos ao processo principal, sendo uma medida de urgência. Sobre essa co-relação entre os processos, transmite Maíra Silva da Fonseca Ramos<sup>49</sup>:

“É possível conceituar o processo cautelar como um processo não satisfativo, que tem por fito assegurar a efetividade de um provimento jurisdicional futuro, a ser emitido em outro processo (o processo principal), sendo seus requisitos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.”.

---

<sup>48</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 22 set. 2015.

<sup>49</sup>RAMOS, Maíra Silva da Fonseca Ramos. *A Instrumentalidade Qualificada do Processo Cautelar*. JusNavigandi, mar 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24049/a-instrumentalidade-qualificada-do-processo-cautelar>>. Acesso em: 26 set. 2015.

Ele pode ocorrer tanto no processo de conhecimento ou no de execução. Sendo necessária a distinção entre o processo cautelar antecedente (preparatório) e o incidente, o primeiro ocorre antes da ação principal, e o segundo ao longo da ação.

Portanto, o processo cautelar não se transmite com um fim em si, mas busca efetivar uma real satisfação do processo principal. Não existindo sem a existência de um direito material que fundamente a sua proposição. Cabe ressaltar que a possibilidade de, caso o juiz entenda não ser cabível a Tutela Antecipada, ele poderá aceitar como Processo Cautelar.

Outro aspecto relevante ao estudo do processo cautelar é o princípio da efetividade, na qual é dever do Estado assegurar o objetivo da ação proposta, trazendo uma segurança para o processo com uma efetiva igualdade entre as partes e a busca da efetividade dos direitos materiais. Sobre esta efetividade do processo cautelar, apresenta Luiz Gustavo M. Mesquita<sup>50</sup>:

“Já com relação ao princípio da efetividade, reforçado pelo da inafastabilidade (art. 5<sup>a</sup>, inciso XXXV, CF/88), resta claro que não basta ao Poder Judiciário garantir formalmente o direito de ação à parte, vale dizer, é insuficiente garantir apenas que o cidadão possa “bater às portas do Poder Judiciário”, devendo-se garantir o direito ao provimento jurisdicional e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial afirmado. Os direitos devem ser efetivados e não somente reconhecidos.”

Porém, é perceptível que o processo não é tão eficaz quanto na teoria, já que o Judiciário brasileiro é conhecido pela sua demora e ineficácia. Não atende não só o princípio da efetividade, como diversos outros estudados a seguir.

Demonstrando que a busca da ideal prestação judiciária precisa evoluir, mas ainda estudaremos outros mecanismos que o legislador propôs para melhorar a prestação realizada pelo Estado.

Um princípio que sempre deve ser observado é o princípio do devido processo legal. Tal princípio consiste no direito da pessoa não ser privada da sua liberdade ou dos seus bens, sem a garantia que exige a devida tramitação de um processo desenvolvido de acordo com a lei<sup>51</sup>. Tal princípio está previsto na

---

<sup>50</sup>MESQUITA, Luiz Gustavo M.. *O Processo Cautelar, Fungibilidades das Tutelas de Urgência e a Subsistência do Processo Cautelar Autônomo*. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<http://luisgustavo191089.jusbrasil.com.br/artigos/118308993/o-processo-cautelar-fungibilidade-das-tutelas-de-urgencia-e-a-subsistencia-do-processo-cautelar-autonomo>>. Acesso em: 27 set. 2015.

<sup>51</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVI, que dispõe da seguinte forma: “Ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”<sup>52</sup>.

Outro princípio que merece destaque é o princípio da duração razoável do processo, que garante a celeridade em sua tramitação. Tal garantia assegura que o processo se desenvolva pelo tempo necessário para atingir sua finalidade, segundo as normas e os princípios que o regem, mas que seja concluído em prazo aceitável, compatível com a possível condenação, evitando dilações indevidas, visando que a prestação jurisdicional não se torne injusta porque tardia.

Da mesma maneira o princípio do duplo grau de jurisdição é extremamente relevante para o processo. Devido ao fato dos juízes estarem sujeitos a erro, o Estado criou órgãos jurisdicionais a eles superiores, principalmente para revisarem suas decisões em grau de recurso<sup>53</sup>.

Conforme Júlio Fabrini Mirabete<sup>54</sup> apresenta, o princípio do duplo grau de jurisdição dá maior certeza ao direito pelo reexame da causa. Tal princípio decorre do próprio sistema constitucional, que prevê a competência dos tribunais para julgar “em grau de recurso” determinados processos, garantindo a ambas as partes o direito de recorrer.

Cumprе ressaltar que, as decisões são passíveis de recurso para um grau mais elevado de jurisdição, não se podendo suprimi-lo se houver fundamento jurídico que o sustente. Tal regra possui algumas exceções, como nos casos de competência originária dos Tribunais, por exemplo, não se prevê possibilidade de recurso ordinário<sup>55</sup>.

Portanto, tal princípio deve ser observado diante de uma possível execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado. Desde que confirmada a condenação em segunda instância, a jurisprudência atual vem aceitando a relativização do princípio da presunção de inocência.

O princípio do contraditório está previsto no art. 5º, LV da CF/88, que determina: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados

---

<sup>52</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)>. Acesso em: 18 set. 2018.

<sup>53</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

<sup>54</sup>MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 31.

<sup>55</sup>Idem.



em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”<sup>56</sup>.

No nosso sistema processual, prevalece a ideia de que o acusado, a pessoa a qual se dirige a ação penal, goza de direito primário e absoluto de defesa. O réu deve ter total conhecimento da acusação que lhe é imputada para poder contestá-la, rebater os argumentos e se defender, evitando que possa ser condenado sem que expresse sua versão dos fatos<sup>57</sup>. Tal princípio traz a antiga ideia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida, traduzindo a ideia de que a defesa tem o direito de se manifestar sobre tudo que foi produzido em juízo pela parte contrária<sup>58</sup>.

O texto constitucional deixou bem claro que a defesa não pode sofrer restrições que não sejam extensivas à acusação. A cada ato produzido por uma das partes, caberá igual direito da outra parte de manifestar-se apresentando a versão que lhe convenha, ou ainda, dando uma interpretação jurídica diversa da apresentada pela parte contrária. O contraditório implica o direito de contestar a acusação, portanto, tem o direito de se manifestar sobre todos os atos praticados pela acusação<sup>59</sup>.

A Lei Fundamental acrescenta o princípio da Ampla Defesa, que garante à defesa o direito de produzir as provas que quiser e considerar relevante desde que permitidas, direito de contraditar testemunhas, direito de recorrer das decisões consideradas desfavoráveis ao interesse do acusado, direito de arguir questões prejudiciais, direito à defesa técnica e material, dentre outras garantias processuais<sup>60</sup>.

Em síntese, o princípio do contraditório garante ao réu o direito de intervir no processo e se pronunciar, contraditando todos os depoimentos, testemunhos, e outros elementos de provas trazidos ao processo. Não se permite uma condenação respaldada exclusivamente nas provas apuradas na etapa pré-

---

<sup>56</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)>. Acesso em: 06 set. 2018.

<sup>57</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

<sup>58</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

<sup>59</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.

<sup>60</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65.

processual, pois a autoridade policial não acusa, investiga, não havendo muito sentido o instituto do contraditório e da ampla defesa ao inquérito, em que não há acusação. Por outro lado, o indiciado tem direito de Habeas Corpus sempre que sofrer violência ou coação na sua liberdade de ir e vir<sup>61</sup>.

Conforme apresentado, os princípios servem como uma base para o ordenamento jurídico, sendo um norte para aplicação das leis e a solução de conflitos, buscando de tal forma a sua unificação. Porém, é perceptível eles servirem como um norte e não são absolutos, sendo diversas vezes relativizados afim de uma efetiva solução dos conflitos, devendo se fazer uma ponderação caso a caso. Os princípios devem ser aplicados em análise a outros princípios, verificando qual merece preponderância para determinada situação.

### **2.3. Espécies de prisão cautelar**

Para alguns autores como Guilherme Souza Nucci<sup>62</sup> e Norberto Avena<sup>63</sup> a prisão processual ou prisão cautelar compreende as seguintes espécies: Prisão em Flagrante (CPP, arts. 301 a 310), Prisão Preventiva (CPP, arts. 311 a 316), Prisão Temporária (Lei n. 7.960, de 21-12-1989), Prisão decorrente da pronúncia (CPP, art. 408, §1º) e, Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (CPP, art. 393, inciso I, e art. 594; art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072/90; art. 35 da Lei n. 6368/76). Já para outros autores como Eugênio Pacelli<sup>64</sup> e Aury Lopes Jr.<sup>65</sup>, as prisões cautelares se resumem em três: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária, tendo em vista as últimas atualizações trazidas pela Lei 12.403/11 que modificou o sistema processual penal brasileiro.

A prisão cautelar também é conhecida como prisão provisória, prisão processual ou prisão sem pena e é decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse tipo de prisão visa à garantia da eficácia das investigações ou do processo criminal, bem como a garantia da ordem pública<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67.

<sup>62</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 520.

<sup>63</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 969.

<sup>64</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 544.

<sup>65</sup>LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 875.

<sup>66</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 535.

Na maioria dos casos, percebe-se que se o acusado permanecer solto ele pode tentar impedir a investigação, porém a regra é a liberdade, e a prisão processual exceção, onde só seria decretada se estivessem preenchidos os requisitos e pressupostos, e demonstrada o risco da liberdade do acusado frente ao decorrer do processo.

Assim, ainda há divergências quanto aos tipos de prisão cautelar, que seria a prisão que visa garantir a eficácia nas investigações ou do processo e para que possa ser decretada deve preencher requisitos. Sendo assim, uma exceção à regra que seria a liberdade ao longo do processo.

### **2.3.1. Prisão em flagrante**

A prisão em flagrante prevista no art. 5º, LXI da CF/88, traz a noção de que a flagrância está diretamente relacionada com a visibilidade do delito. A peculiaridade do flagrante está em constatar a ocorrência do delito de forma manifesta e evidente, assegurando a colheita de provas da materialidade do delito e sua autoria, indispensável para a verdade real, um dos principais objetivos do processo penal<sup>67</sup>.

Tal prisão cautelar, inicialmente funciona como ato administrativo, dispensando autorização judicial, ou seja, sem a expedição de mandado de prisão, demonstrando dessa forma seu caráter de urgência e de necessidade<sup>68</sup>. A prisão em flagrante somente será convertida em ato judicial quando ocorrer à comunicação ao poder judiciário, onde o magistrado fará uma análise de sua legalidade, adotando uma das medidas descritas nos incisos do art. 310 do Código de Processo Penal.

Já em relação ao seu sujeito ativo, pode ser classificado em facultativo ou obrigatório, conforme art. 301 do Código de Processo Penal. O facultativo pode ser realizado por qualquer pessoa do povo ao perceber a situação de flagrância. O obrigatório deve ser realizado pela autoridade policial e seus agentes, sob pena de sanção disciplinar e, se for o caso, responsabilidade penal<sup>69</sup>.

Assim, o cidadão está agindo sob a excludente de ilicitude do exercício regular de direito, já quando é realizada pela polícia, trata-se de estrito cumprimento

---

<sup>67</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 531.

<sup>68</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2015, p. 982.

<sup>69</sup>Ibidem, p. 989.

de dever legal, ambos previstos no art. 23, inciso III do Código Penal<sup>70</sup>. Quanto aos sujeitos passivos, seriam todos aqueles que cometessem algumas das situações descritas no art. 302 do Código de Processo Penal<sup>71</sup>.

Há divergências na doutrina quanto à natureza jurídica da prisão em flagrante. Assim, para alguns autores como Guilherme Souza Nucci<sup>72</sup>, a prisão em flagrante tem natureza cautelar, onde há segregação provisória do agente, exigindo-se inicialmente apenas a aparência da tipicidade, o *fumus commissi delicti*, sem nenhum juízo sobre a ilicitude e a culpabilidade do agente. Eugênio Pacelli também entende que a prisão em flagrante é medida cautelar pessoal, desempenhando o papel de diminuir os efeitos da ação criminosa bem como da coleta imediata das provas, resultando em um esclarecimento satisfatório dos fatos<sup>73</sup>.

Diferentemente de Norberto Avena que afirma que a natureza jurídica da prisão em flagrante era cautelar somente antes da reforma trazida pela Lei 12.403/11, pois era capaz de manter o agente preso enquanto fosse necessário, sendo possível o indivíduo permanecer preso em flagrante por tempo indeterminado, se as circunstâncias do caso concreto justificassem, visando garantir o resultado concreto do inquérito policial ou do processo penal<sup>74</sup>.

Atualmente a legitimidade do flagrante foi suprimida, exigindo-se agora a conversão da prisão em flagrante em preventiva, desde que presente os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e que não seja adequada outra medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal. Sendo assim, se houver necessidade de tutelar a investigação ou o processo, a prisão adequada será a preventiva, resultado da conversão do flagrante. É a prisão preventiva que possui natureza cautelar, que tem um fim de tutela, garantia, resguardando o inquérito ou o processo. A prisão em flagrante teria nesse caso natureza precauteladora, por anteceder a prisão preventiva<sup>75</sup>.

Da mesma forma, Aury Lopes Jr. entende que a prisão em flagrante tem a natureza precauteladora, sendo uma medida de mera detenção, devendo ser submetida ao Poder Judiciário no prazo máximo de 24 horas. Podendo ser praticada

---

<sup>70</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 537.

<sup>71</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 989.

<sup>72</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 534.

<sup>73</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 543.

<sup>74</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 982.

<sup>75</sup>Idem.

por um particular ou pela autoridade policial, a finalidade da prisão em flagrante não é garantir o final do processo, mas sim colocar o detido à disposição do juiz, para que seja adotada ou não uma verdadeira medida cautelar<sup>76</sup>.

Desta forma, esta medida se justifica pela sua curta duração e o imprescindível dever de análise judicial em 24 horas. O juiz analisará a legalidade da prisão em flagrante e decidirá fundamentadamente sobre o relaxamento, caso seja considerado ilegal; convertendo em preventiva, motivando o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*; decretando outra medida cautelar alternativa; ou a concedendo liberdade provisória, com ou sem fiança<sup>77</sup>.

O Código de Processo Penal prevê quatro situações de flagrância nos incisos do art. 302. A situação de visibilidade incontestável da prática de um delito, num contexto de flagrância propriamente dita, é o inciso I do art. 302 do Código de Processo Penal, quando o agente está desenvolvendo os atos executórios do crime<sup>78</sup>. Neste caso, quando há a intervenção de alguém e o crime não pode ser consumado, pode resultar em tentativa, prevista no art. 14 do Código Penal, diferente do que ocorre nos crimes permanentes, onde a prisão em flagrante impede apenas o prosseguimento do crime já consumado, por exemplo, crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei 11.303/06<sup>79</sup>.

Também é considerado flagrante quando alguém acaba de cometer a infração penal, hipótese prevista no inciso II do art. 302 do CPP. Cessada a prática do verbo nuclear do tipo penal, o agente ainda pode ser preso, pois não se desligou da cena do crime e resta evidente a materialidade do crime e da autoria. Essas duas modalidades de prisão em flagrante são classificadas pela doutrina como flagrante próprio<sup>80</sup>.

Há também a hipótese descrita no inciso III, do art. 302 do Código de Processo Penal, conhecida como flagrante impróprio ou quase flagrante. Ocorre quando o agente não foi surpreendido cometendo a infração penal, e é perseguido logo após sua consumação, de forma ininterrupta pela autoridade policial ou por qualquer pessoa, sendo preso no final da perseguição<sup>81</sup>. Sua principal exigência é

---

<sup>76</sup>LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 805.

<sup>77</sup>Ibidem, p. 807.

<sup>78</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 534.

<sup>79</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 537.

<sup>80</sup>LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 809.

<sup>81</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 987.

que a perseguição do agente inicie logo após a consumação ou a prática dos atos executórios que foram interrompidos, sendo irrelevante o tempo da sua duração, que pode se estender por alguns dias<sup>82</sup>.

A modalidade descrita no inciso IV, do art. 302 do Código de processo Penal, é conhecida como flagrante presumido, constituída quando agente, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, é encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal<sup>83</sup>. Aury Lopes Jr. considera que, a disposição contida no referido inciso IV, “situação que faça presumir ser autor da infração”, é substancialmente inconstitucional<sup>84</sup>.

À luz do princípio constitucional da presunção de inocência a autoria de um crime não pode ser presumida, devendo ser demonstrada e provada, a desfavorável presunção da autoria é extraída de elementos como estar na posse dos objetos subtraídos, com a arma do crime, mediante reconhecimento da vítima, dentre outros indícios que façam presumir a autoria do crime. Nesse sentido, esse flagrante é frágil e o mais difícil de ser legitimado quando há a apreciação pelo magistrado, resultando muitas vezes em relaxamento da prisão em flagrante<sup>85</sup>. Portanto, as duas primeiras hipóteses do art. 302 do CPP são detentoras de maior credibilidade, e os últimos incisos são mais frágeis no âmbito da legalidade.

Tal prisão possui diversas formalidades, que devem ser cronologicamente e rigorosamente observadas. Em regra, a autoridade competente para a lavratura do auto de prisão em flagrante é a autoridade policial. Após o preso ser apresentado à autoridade competente, que ouvirá o condutor e as testemunhas, bem como interrogará o acusado a respeito do crime que lhe está sendo imputado, lavrando-se o auto com a assinatura de todos<sup>86</sup>. Condutor é a pessoa que deu voz de prisão ao acusado do fato criminoso, para formalização do flagrante é preciso que haja o condutor e pelo menos mais uma testemunha. Já no interrogatório do indiciado, é preciso cientificá-lo sobre o direito ao silêncio e à assistência de advogado, direitos assegurados pela Constituição Federal em seu art.5, LXIII,<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 988.

<sup>83</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 535.

<sup>84</sup>LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 811.

<sup>85</sup>Idem.

<sup>86</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 542.

<sup>87</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 543.

A prisão do acusado e o local onde se encontra, devem ser comunicados imediatamente ao juiz competente, à família do preso ou pessoa por ele indicada e ao Ministério Público. Nas 24 horas seguintes à prisão, depois de colhidas todas as oitivas, o auto de prisão em flagrante será encaminhado ao juiz competente. Caso não informe o nome de seu advogado, deverá ser encaminhada uma cópia integral para a Defensoria Pública, recebendo o preso a nota de culpa, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas<sup>88</sup>.

Quanto ao controle jurisdicional da prisão em flagrante, efetivada a prisão, dentro de 24 horas deve se dar nota de culpa ao preso e enviar os autos ao juiz competente. Prazo este improrrogável, por se tratar de privação de liberdade não se deve conceder excessos, evitando assim possíveis constrangimentos. Quando o indiciado for mantido preso pelo juiz, o inquérito policial deverá ser concluído em 10 dias, caso seja posto em liberdade o prazo é de 30 dias, podendo ser prorrogado. O prazo inicial para contagem é contado a partir do dia em que se executar a ordem de prisão<sup>89</sup>.

Ao averiguar a prisão em flagrante, é imprescindível que o juiz fundamente sua decisão. Com a reforma da Lei 12.403/11, tornou-se obrigatório para o juiz à adoção de uma das medidas determinadas pelo art. 310 do Código de Processo Penal, o relaxamento da prisão quando considerada ilegal, a conversão em preventiva se presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e se forem inadequadas às medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP ou, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Quando o flagrante for considerado válido, deve ser demonstrada sua necessidade, nos moldes da prisão preventiva, evidenciando a presença do *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*. Desta forma, não há mais liberdade para que o juiz simplesmente mantenha a prisão em flagrante, devendo convertê-la ou soltar o indiciado<sup>90</sup>.

Em suma, a prisão em flagrante é exceção à regra da necessidade de existência de ordem escrita e fundamentada para a prisão e alguém. Sendo assim, é preciso que os requisitos formais da lavratura do auto de prisão em flagrante sejam

---

<sup>88</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 544.

<sup>89</sup>Idem.

<sup>90</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 534.

respeitados rigorosamente, pois está substituindo o mandado de prisão expedido pelo magistrado e é da liberdade de uma pessoa que está sendo tratada<sup>91</sup>.

Num primeiro momento, o juiz avalia se existiu a situação de flagrância e se foi devidamente desenvolvido o procedimento para elaboração do auto de prisão em flagrante, fazendo uma análise formal. Em seguida, decide sobre a decretação de alguma das medidas previstas no art. 310 do CPP<sup>92</sup>. Esgotadas suas funções, não há justificativas para prosseguir no tempo, impondo ao juiz que seja devidamente fundamentada a manutenção da prisão por meio de conversão em preventiva ou pela imediata imposição de outra medida cautelar diversa da prisão<sup>93</sup>.

Portanto, a prisão em flagrante está relacionada à visibilidade do delito, favorecendo a colheita de provas e a busca da verdade real do fato, tal medida ocorre sem a expedição de mandado de prisão por parte do magistrado e pode ser efetuada por qualquer do povo pela polícia que tem o dever legal de proceder a prisão. Sua natureza jurídica seria precautelar, visando colocar o detido à disposição do juiz que deve analisar sua legalidade em até 24 horas. Existem 4 modalidades de prisão em flagrante que devem seguir certas formalidades tanto para sua decretação como após. Assim, considerando válida a prisão deve o magistrado fundamentar a prisão e a converter em preventiva ou decretar outra medida cautelar cabível.

### **2.3.2. Prisão preventiva**

Esta modalidade de prisão é extremamente relevante para compreensão do tema, pois atua diretamente com o princípio da presunção de inocência. Há casos em que a prisão preventiva não ofende o princípio da presunção de inocência atuando em harmonia, porém há casos onde é possível perceber a possibilidade de ofensa, dependendo dos motivos que ensejaram sua decretação, sempre observando os detalhes do caso concreto. O que se percebe é o confronto de dois interesses relevantes, a liberdade de uma pessoa garantida constitucionalmente e o interesse social na legítima defesa da sociedade<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 1008.

<sup>92</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 823.

<sup>93</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 544.

<sup>94</sup>FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. *A prisão preventiva e o princípio presunção da inocência*. Londrina: UNOPAR Cient., Ciências Jurídicas Empresariais, 2004, p. 25-31.



A prisão preventiva é uma das modalidades de prisão provisória que possui natureza cautelar. Seu objetivo é assegurar a investigação criminal ou o processo penal, bem como a efetiva aplicação da lei. Por ser uma medida cautelar, exige os pressupostos *do periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*, o risco de que a liberdade do agente venha causar prejuízo à eficácia das investigações, prejuízo à segurança social e à futura execução de uma possível condenação, bem como a possibilidade diante dos indícios de autoria e materialidade do delito, de ter o agente cometido uma infração penal e a probabilidade de condenação<sup>95</sup>.

Por se tratar de uma medida cautelar típica, a necessidade e a conveniência devem ser examinadas minuciosamente pelo magistrado, evitando intervenções desnecessárias na liberdade do acusado, equilibrando dessa forma a função punitiva do estado<sup>96</sup>.

Seus pressupostos estão expostos no art. 312 do Código de Processo Penal<sup>97</sup>, o qual ainda em relação ao *fumus commissi delicti*, não exige necessariamente prova plena, bastando uma suspeita razoável, a probabilidade concreta de ser o réu o autor do crime. Cumpre ressaltar que não bastam quaisquer indícios, a própria lei exige que sejam indícios suficientes para admitir a autoria do crime. Em relação ao *periculum libertatis*, o referido artigo elenca a garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei, sendo essas as hipóteses de cabimento da prisão preventiva<sup>98</sup>.

Em relação ao pressuposto da ordem pública, há discussões acerca do tema, pois se trata de conceito indeterminado e não há uma precisão legislativa nem definição específica para o conceito<sup>99</sup>. Na maioria dos casos, quando a prisão preventiva é aplicada sob esse pressuposto, percebe-se uma ofensa ao princípio da presunção da inocência, justamente pela subjetividade que o conceito proporciona

---

<sup>95</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 1018.

<sup>96</sup>FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. *A prisão preventiva e o princípio presunção da inocência*. Londrina: UNOPAR Cient., Ciências Jurídicas Empresariais, 2004, p. 25-31.

<sup>97</sup>Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

<sup>98</sup>FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. *A prisão preventiva e o princípio presunção da inocência*. Londrina: UNOPAR Cient., Ciências Jurídicas Empresariais, 2004, p. 25-31.

<sup>99</sup>Idem.

ao magistrado. Entende-se por garantia da ordem pública a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que foi abalada pela prática de um delito, levando em consideração fatores como a gravidade concreta da infração, periculosidade do agente, e muitas vezes a repercussão social<sup>100</sup>.

É perceptível a interferência da repercussão social no âmbito da credibilidade dada ao judiciário, da influência que a não aplicação da prisão preventiva traga o sentimento de impunidade. Porém, a ordem pública também é vista como a paz e a tranquilidade no meio social, considerada um bem jurídico essencial à convivência social, protegendo a sociedade de um réu perigoso que possa voltar a delinquir, protegendo também testemunhas ameaçadas e a própria vítima<sup>101</sup>. Muitas vezes o que se evita é que o réu volte a delinquir, porém não bastam ilações abstratas sobre essa possibilidade, devendo o magistrado apresentar fundamentos que demonstrem a efetiva necessidade da medida cautelar com o fim de evitar a reiteração delitiva<sup>102</sup>.

Em relação à influência do clamor público e a repercussão social provocada pela gravidade da infração ou o *modus operandi* do crime, deve-se atentar ao fato de que em relação ao princípio da imparcialidade do juiz, que não pode sofrer qualquer tipo de pressão frente à revolta da população clamando por justiça e a vingança privada<sup>103</sup>. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“(...) I- A questão relativa ao excesso de prazo para o término da instrução penal não foi apreciada nas instâncias ordinárias. Assim, seu conhecimento em sede originária pelo Supremo Tribunal Federal implicaria em supressão de instância. Precedentes. II- O decreto de prisão cautelar há que se fundar em fatos concretos. Precedentes. III- **A mera afirmação de gravidade do crime e de clamor social, de per se, não são suficientes para fundamentar a constrição cautelar, sob pena de transformar o acusado em instrumento para a satisfação do anseio coletivo pela resposta penal.** IV- Habeas corpus parcialmente conhecido, e nessa parte, concedida a ordem.” (grifos nossos) <sup>104</sup>.”.

<sup>100</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 553.

<sup>101</sup>FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. *A prisão preventiva e o princípio presunção da inocência*. Londrina: UNOPAR Cient., Ciências Jurídicas Empresariais, 2004, p. 25-31.

<sup>102</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p.1028.

<sup>103</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 1028.

<sup>104</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 100.012, Relator: Ricardo Levandowski. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009. Dje 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 28 de mar. 2018.

Quanto a garantia da ordem econômica, incluído pela Lei 8.884/94 (lei antitruste), espécie do gênero acima exposto, hipótese em que o objetivo é de coibir a ganância daqueles que atentam a livre concorrência, à função social da propriedade, às relações de consumo, com abuso de poder econômico, através de suas condutas criminosas<sup>105</sup>. Um exemplo seria o crime de colarinho branco, onde um desfalque à instituição financeira pode gerar maior repercussão na vida das pessoas do que um simples roubo a um particular<sup>106</sup>.

A prisão preventiva nesses casos é decretada sob o fundamento da “magnitude da lesão causada”, trazido pela Lei 7.492/86 que dispõe sobre os crimes financeiros, demonstrando que em delitos desse tipo torna-se relevante o dano provocado pelo criminoso, gerando repugnância da população, onde a liberdade de quem retirou enormes quantias dos cofres públicos em detrimento de muitos abalaria seriamente a credibilidade da justiça<sup>107</sup>.

Em relação ao pressuposto da conveniência da instrução criminal, o objetivo é de impedir que o agente em liberdade possa aliciar testemunhas, forjar ou destruir provas, destruir ou ocultar elementos que possam levar a uma futura condenação, tutelando com isso a instrução criminal<sup>108</sup>.

Para a decretação dessa prisão cautelar, além dos pressupostos do art. 312 do CPP, é necessária uma análise objetiva do art. 313<sup>109</sup> do mesmo diploma legal, que descarta a prisão preventiva para crimes culposos ou contravenções penais, e ser cabível aos réus reincidentes em crimes dolosos com sentença transitada em julgado, assim como autoriza a prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar contra vítimas consideradas frágeis<sup>110</sup>.

Os crimes hediondos e equiparados não devem ter sua decretação automática da prisão preventiva, embora sejam graves, muitas vezes são cometidos

<sup>105</sup>FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. *A prisão preventiva e o princípio presunção da inocência*. Londrina: UNOPAR Cient., Ciências Jurídicas Empresariais, 2004, p. 25-31.

<sup>106</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 555.

<sup>107</sup>Idem.

<sup>108</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 1030.

<sup>109</sup>Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

<sup>110</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 558.

por agentes sem periculosidade e não geram repercussão social<sup>111</sup>. O que se deve ter é uma proporção entre a pena mínima e a probabilidade de condenação do condenado a um regime prisional mais gravoso, como exemplo a figura do tráfico privilegiado trazida no § 4º do art. 33 da Lei 11.303/06, onde o réu primário tem a possibilidade de redução da pena de 1/6 a 2/3, se não fizer parte de organização criminosa, não se dedicar habitualmente às atividades criminosas e for primário e de bons antecedentes<sup>112</sup>.

Outro exemplo seria o abalo social de um estelionato cometido por pessoa primária e sem antecedentes, e um latrocínio cometido com requintes de crueldade, assim revela-se necessária uma análise de vários fatores para o juiz aplicar tal medida cautelar.

Para sua decretação além dos requisitos legais não devem ser cabíveis outras medidas cautelares, bem como o risco de fuga, consequências do crime, periculosidade do acusado e outros casos em que a aplicação da medida for necessária.

O cuidado que se deve ter com essa excepcionalidade da prisão preventiva é que, em alguns casos, há a desmoralização de quem não é culpado, à depressão do seu sentimento de dignidade, e a passagem pelo cárcere muitas vezes deixam máculas irreparáveis<sup>113</sup>. A cautelaridade da medida justifica-se nos casos em que o pronunciamento jurisdicional definitivo, poderá tornar-se inútil se o acusado em algumas hipóteses permanecer em liberdade<sup>114</sup>.

De acordo com o art. 311<sup>115</sup> do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do

<sup>111</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 554.

<sup>112</sup>Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

§ 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

<sup>113</sup>GOMES, Magno Federici. *A compatibilidade entre a Presunção da Inocência e a Prisão Preventiva*. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Nº 53. Trad. Hugo Vidal Trindade. Editora IOB. São Paulo: p. 19-33, Dez/2009.

<sup>114</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 558.

<sup>115</sup>Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

processo penal, em razão de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou mediante representação da autoridade policial. O juiz poderá decretá-la de ofício desde que seja no curso da ação penal<sup>116</sup>. A prisão preventiva somente será decretada “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” conforme o inciso LXI do art. 5º, da Constituição federal de 1988, em razão da sua gravidade e em respeito às garantias constitucionais do indivíduo<sup>117</sup>.

A fundamentação consiste na exposição dos motivos determinantes e justificativos que geraram a medida cautelar, demonstrando o magistrado a necessidade da medida operada em fatos reais contidos nos autos do inquérito, ou em outros elementos de informação nos autos da ação penal. Cumpre ressaltar que, não basta ao juiz apenas afirmar que a medida tem por objeto a garantia da ordem pública, da ordem econômica ou das outras hipóteses previstas no art. 312 do CPP, deve correlacionar essas expressões com os fatos demonstrados nos autos<sup>118</sup>.

A prisão preventiva não poderá ser decretada se ficar constatado que o imputado agiu nas condições de alguma excludente de ilicitude, previstas nos incisos do art. 23 do Código Penal<sup>119</sup>, sendo as provas suficientes para gerar a convicção do juiz.

Em relação ao seu prazo de duração, não há na lei determinação exata como ocorre na prisão temporária. A regra que vem sendo aplicada é de que ela perdure enquanto for necessária, durante a instrução processual, não ultrapassando o trânsito em julgado de decisão condenatória, pois a partir desse ponto passaria a tratar-se de prisão-pena<sup>120</sup>. Deve-se respeitar a razoabilidade de sua duração, não ultrapassando os limites da necessidade efetiva para instrução do processo, de modo que o estado deve desenvolver todos os atos processuais em menor tempo possível dando resposta imediata à ação criminosa<sup>121</sup>.

---

<sup>116</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 549.

<sup>117</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 556.

<sup>118</sup>FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. *A prisão preventiva e o princípio presunção da inocência*. Londrina: UNOPAR Cient., Ciências Jurídicas Empresariais, 2004, p. 25-31.

<sup>119</sup>Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

<sup>120</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 550.

<sup>121</sup>Idem.

Anteriormente havia como parâmetro o prazo de 81 dias, que era a somatória dos prazos previstos no Código de Processo Penal para que finalizasse a colheita de provas. A Lei 12.850/13 determinou em seu art. 22 que a instrução deverá ser terminada em prazo razoável, não ultrapassando 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis por igual período em decisão devidamente motivada e fundamentada em relação à gravidade da causa no caso concreto<sup>122</sup>.

Não há como padronizar o prazo de duração da prisão preventiva, pois cada caso concreto deve ser analisado isoladamente diante de suas peculiaridades. Deve-se terminar a instrução tomando como base os prazos fixados em lei, admitindo-se a prorrogação em casos excepcionais, se baseando no princípio da razoabilidade e respeitando a proporcionalidade entre o tempo de segregação provisória e a futura condenação<sup>123</sup>.

Como o tráfico de drogas cometido por um agente primário, onde seria possível a concessão do benefício do tráfico privilegiado que reduz a pena de 1/6 a 2/3, de modo que a pena poderia ser um regime aberto menor que 3 anos, não seria razoável que o acusado permanecesse preso preventivamente durante 5 meses ou mais, visto que quando o juiz prolatasse a sentença o preso seria solto imediatamente.

Se durante o processo o juiz verificar que os motivos que ensejaram a medida cautelar não existem mais, ele poderá revogá-la, diante da falta de motivo que a justifique, e poderá decretá-la novamente quando sobrevierem razões que a justifiquem. Essa revogação pode ser feita tanto pelo juiz, de ofício, como por meio de requerimento do Ministério Público ou pelo próprio acusado, sem depender que haja fato novo ou novos elementos de prova<sup>124</sup>. Quando o caso for de revogação, a liberdade do acusado é restituída em sua integralidade, sem nada se exigir, diferente de quando a prisão preventiva for substituída por outra medida cautelar.

Desta forma, não é sempre que a prisão cautelar pode colocar a presunção de inocência em risco, mas por ter natureza cautelar deve estar presente o risco as investigações, à segurança social e à futura condenação, assim como indícios de materialidade e suspeita razoável de o réu ser o autor do crime. Quanto

---

<sup>122</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 550.

<sup>123</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 551.

<sup>124</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 556.

aos pressupostos, o da ordem pública é genérica já que magistrado deve ser imparcial e não pressão pelo clamor social. Deve-se levar em conta também a periculosidade do agente e não do crime em abstrato, já que é uma medida excepcional que pode trazer danos irreparáveis caso o réu venha a ser declarado inocente.

Importante destacar também que tal modalidade de prisão pode ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo penal, por requerimento ou de ofício pelo juiz, devendo tal decisão ser fundamentada relacionando os pressupostos com os fatos ocorridos. Deve ocorrer enquanto perdurar a justificativa para sua decretação, não sendo possível padronizar sua duração já que depende do caso concreto e deve ser proporcional com futura condenação.

### **2.3.3. Prisão Temporária**

A prisão temporária está prevista na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Foi criada para substituir legalmente a antiga prisão por averiguação, antes utilizada pela polícia judiciária a fim de auxiliar as investigações. Com o advento da Constituição de 1988, onde se menciona expressamente que, somente a autoridade judiciária está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, por ordem escrita e fundamentada, a autoridade policial passou a ter que solicitar a custódia de um suspeito ao juiz<sup>125</sup>.

O legislador, corretamente, não contemplou a possibilidade de decretação *ex officio* da prisão temporária, ao contrário da prisão preventiva, somente permitindo-a em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, visto que esta modalidade de prisão se destina à proteção das investigações policiais, cujo destinatário é o Ministério Público<sup>126</sup>.

A decretação da prisão temporária, além de ser devidamente fundamentada, deve o juiz trazer os fatos concretos que indiquem sua real necessidade, analisando para constatar se as circunstâncias da investigação realmente exigem a medida constritiva de liberdade e atendendo os termos previstos na lei que a regulamenta. Deve demonstrar quais obstáculos pretende impedir que o imputado possa causar ao trabalho da autoridade policial, onde motivações

---

<sup>125</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 530.

<sup>126</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 545.

insuficientes causadoras de constrangimento ilegal ensejam a revogação da prisão<sup>127</sup>.

Trata-se de uma das espécies de prisão cautelar cuja finalidade é o acautelamento das investigações do inquérito policial, conforme previsto no art.1º, I, da Lei nº 7.960/89. A referida Lei prevê que a prisão temporária dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, de modo que não se deve pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal, ao contrário da prisão preventiva<sup>128</sup>. Nesse sentido, a prisão temporária não pode ser decretada ou mantida após o recebimento da denúncia pelo juízo competente, visto que essa forma de custódia visa assegurar o êxito das investigações que antecedem ao ajuizamento da ação penal<sup>129</sup>.

Via de regra, a custódia terá o prazo de cinco dias, podendo este lapso temporal ser prorrogado uma única vez por igual período, em caso de excepcional necessidade. A lei também dispõe sobre os crimes hediondos e equiparados, incluindo a tortura e o terrorismo, fixando o prazo de 30 dias para a prisão temporária, prorrogáveis por igual tempo, desde que comprovada a extrema necessidade desse proceder, caso contrário, impõe-se a liberdade do acusado, conforme art.2º *caput* da Lei nº 7.960/89 e art.2º, §7º, da Lei nº 8.072/90<sup>130</sup>.

Decorrido o prazo legal, com ou sem prorrogação, o preso deverá ser colocado imediatamente em liberdade, salvo se no curso da prisão temporária houver a decretação da prisão preventiva. Cumpre ressaltar que, com o término do prazo o preso poderá ser libertado pela própria autoridade policial, independentemente da expedição de alvará de soltura pelo juiz, evitando assim o risco de prisões ilegais em relação ao excesso de prazo. Sendo assim, a única ressalva para manter a prisão dependerá da decretação da prisão preventiva, que passaria a ter vigência após o término da prisão temporária<sup>131</sup>.

Portanto, a prisão temporária assim como a antiga prisão por averiguação visa viabilizar as investigações policiais, não podendo ser decretada de ofício como a preventiva. Sua fundamentação deve se basear nos fatos e na análise da sua real necessidade para o inquérito e dos obstáculos que se pretende impedir.

---

<sup>127</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 969.

<sup>128</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 544.

<sup>129</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 970.

<sup>130</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 971.

<sup>131</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 532.



Não pode ser utilizada quando já houver ação penal, não podendo ser decretada ou mantida após o recebimento da denúncia e após transcorrido seu prazo o preso deve ser posto em liberdade, a não ser que seja decretada sua prisão preventiva.

#### **2.3.4. Prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível**

Anteriormente essa modalidade de prisão decorria da regra do art. 393, I, do Código de Processo Penal, que tinha como efeito da sentença condenatória recorrível ser o réu preso ou conservado na prisão em que se encontrasse, salvo se primário ou de bons antecedentes ou, se o crime fosse afiançável e houvesse o pagamento da fiança. No mesmo sentido, previa o art. 594 do Código de Processo Penal que o réu não poderia apelar sem ser recolhido à prisão ou pagar fiança, exceto quando primário e de bons antecedentes<sup>132</sup>.

Ora, a prisão na sentença condenatória recorrível era caracterizada como uma forma de prisão *ex lege*, determinada por lei, onde o juiz não fazia a verificação da real necessidade da medida de acordo com o caso concreto. Com o advento da Lei nº 11.719/08, o art. 594 do Código de Processo Penal foi expressamente revogado, e foi dada nova redação ao art. 387, parágrafo único, também do Código de Processo Penal, onde a determinação é que ao proferir sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente, sobre a manutenção ou, a imposição de prisão preventiva ao acusado, revogando assim tacitamente o art. 393, I do Código de Processo Penal<sup>133</sup>.

Ainda assim havia controvérsias em relação à subsistência da prisão *ex lege*, e se o art. 393 do Código de Processo Penal havia sido mantido. Porém, com as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/11, especialmente em seu art. 4, revogou expressamente a integralidade do art. 393 do Código de Processo Penal<sup>134</sup>.

Existe uma separação entre o duplo grau de jurisdição e o direito de recorrer em liberdade, apesar de haver uma natural conexão entre ambos, são direitos diferentes que estão intimamente relacionados. O direito de recorrer não deve ser condicionado à prisão do réu, ocorrendo independente disso. Não existe prisão obrigatória antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o juiz poderá determinar a prisão preventiva do réu, porém deverá demonstrar na

---

<sup>132</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2015, p. 1058.

<sup>133</sup>Idem.

<sup>134</sup>Idem.

sentença a existência do *periculum libertatis*, que no momento seria o risco para aplicação da lei penal<sup>135</sup>.

Nesse sentido, a única prisão que poderá ser imposta ao réu solto após a prolação da sentença penal condenatória e antes do seu trânsito em julgado é a prisão preventiva, ocasião em que será analisada pelo magistrado a presença dos requisitos autorizadores ou a aplicação de uma das medidas alternativas do art. 319 do Código de Processo Penal. Ainda que a sentença seja condenatória nada impede que o juiz opte por uma medida cautelar mais adequada. Somente caberá prisão nesse momento se for realmente cautelar, não temos ainda a prisão-pena, onde seria executada a sentença, consequência do trânsito em julgado<sup>136</sup>.

Dessa forma deixa de existir a prisão da sentença condenatória recorrível como uma forma autônoma de prisão cautelar, onde a prisão era um efeito-regra da sentença penal condenatória recorrível, sendo agora uma exceção, aplicável apenas quando o caso concreto revelar os motivos autorizadores da custódia<sup>137</sup>.

Logo, com as mudanças no Código de Processo Penal deixamos de lado a ideia de que o réu deve estar preso ou afiançado para que possa recorrer de sua condenação, separando-se então o direito de recorrer em liberdade do duplo grau de jurisdição, inexistindo a obrigatoriedade da prisão antes do trânsito em julgado. O que pode ocorrer é a determinação ou manutenção da prisão preventiva que neste momento teria que ser fundamentada com base no perigo para aplicação da lei penal, o que pode se dar também por outra medida cautelar que a assegure.

### **2.3.5. Prisão decorrente de pronúncia**

Anteriormente, esta modalidade de prisão era considerada pelo Código de Processo Penal como autônoma de prisão provisória. A partir da Lei nº 11.689/08 modificou-se o sistema derivado da redação do art. 408 do Código de Processo Penal. Tal artigo dispunha que, ao pronunciar o réu, o juiz deveria recomendá-lo à prisão onde já estivesse ou determinar sua prisão para que aguardasse preso à data do julgamento pelo júri, salvo se primário e de bons antecedentes, única hipótese em que poderia aguardar em liberdade. Percebe-se que a regra era a prisão

---

<sup>135</sup>LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 875.

<sup>136</sup>LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 876.

<sup>137</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2015, p.1058.

consequente da pronúncia, sendo a liberdade uma exceção ocorrente apenas quando o réu era primário e de bons antecedentes, havendo assim grande ofensa ao princípio da excepcionalidade da prisão provisória<sup>138</sup>.

Atualmente, a possibilidade de prisão do pronunciado é determinada pelo art. 413, § 3º do Código de Processo Penal, cujo regramento estabelece que, na pronúncia, o juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada. Quando se tratar de acusado solto, decidirá sobre a necessidade da decretação de prisão ou imposição de quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão<sup>139</sup>.

Considerando as modificações trazidas pela Lei nº 12.403/11, e tendo em vista que, no âmbito do Código de Processo Penal, não há qualquer outra forma de prisão cautelar capaz de ser ordenada ao réu pronunciado, conclui-se que a prisão a que se refere o art. 413, §3º do Código de Processo Penal, será unicamente a prisão preventiva. Ou seja, quando se tratar de pronunciado já preso preventivamente, o juiz decidirá, fundamentadamente, se mantém ou revoga esta prisão, analisando se ainda existem os fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal<sup>140</sup>, autorizadores dessa custódia cautelar.

Se o acusado estiver solto, o juiz deverá verificar a necessidade de submeter o pronunciado sob custódia, a partir do exame dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, se não for cabível a substituição da prisão preventiva por outras medidas diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo penal<sup>141</sup>.

Nesse sentido, explana Guilherme de Souza Nucci<sup>142</sup>, que a lei passa a considerar a prisão por pronúncia uma exceção, quando decretada nos requisitos da prisão preventiva. O juiz deve agir com prudência e bom senso, do mesmo modo quando decide na possibilidade do acusado recorrer em liberdade em caso de condenação em primeira instância. Eventualmente, existindo motivo para revogar a prisão preventiva, poderá o juiz reavaliar o caso, colocando o acusado em liberdade.

---

<sup>138</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2015, p.1058.

<sup>139</sup>Idem.

<sup>140</sup>Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

<sup>141</sup>AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2015, p.1058.

<sup>142</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 560.

Caso contrário, se o réu foi preso cautelarmente aguardando até a pronúncia, nesta decisão basta que o juiz mencione que continuará preso pelos mesmos motivos expostos anteriormente<sup>143</sup>.

Por fim, Aury Lopes Júnior<sup>144</sup> conclui que, a prisão decorrente da decisão de pronúncia não é obrigatória, como já foi no passado, estando subordinada aos fundamentos e requisitos que norteiam as prisões cautelares. A relevância não será no fato do acusado ser primário ou reincidente, mas sim na demonstração da necessidade da prisão cautelar demonstrando a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 560.

<sup>144</sup>LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 880.

<sup>145</sup>Idem.

### **3. PRISÃO A PARTIR DE DECISÃO CONDENATÓRIA DE SEGUNDA INSTÂNCIA COMO FORMA DE EXECUÇÃO ANTECIPADA E PROVISÓRIA DA PENA**

O presente capítulo servirá para esclarecer sobre o entendimento que passou a ser aplicado a partir de 2016, comparado ao entendimento que era aplicado desde a vigência da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2009, ambos em relação à possibilidade de execução provisória da pena após decisão condenatória em segunda instância.

Inicialmente será apresentado o acórdão do HC nº 126.292/16 SP, marco importante para a restauração do entendimento consolidado pelo STF, onde passou a se permitir a execução da pena após decisão de segunda instância. Por fim, será apresentado o ultimo *Habeas Corpus* que trouxe a rediscussão do tema da execução provisória a partir de decisão de segunda instância, de enorme repercussão na mídia e na atualidade, onde foi julgado o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Esse novo entendimento modificou o que era aplicado entre 2009 e 2016, e dois anos após essa discussão, onde já se acreditava estar pacificado, surgiram novamente divergências e conflitos acerca do tema, no julgamento do HC nº 152.752/PR de 2018. A questão da possível ofensa ao princípio da presunção de inocência, devido à execução antecipada da pena após decisão de segunda instância, voltou a ser discutida pelo STJ e pelo STF.

#### **3.1. HC 126.292/SP, a restauração da jurisprudência tradicional.**

Será feita uma análise do acórdão proferido pelo STF no HC nº 126.292/SP, com a exposição dos votos de cada ministro, demonstrando as justificativas de cada voto, bem como a abordagem dos pontos mais relevantes para a compreensão do tema. Primeiro será feita uma introdução sobre o que foi discutido no *Habeas Corpus*, em seguida a exposição dos votos e argumentos principais, divididos entre os que acompanharam ou divergiram do Relator, posteriormente uma análise crítica dos votos em relação ao tema da pesquisa.

Os acórdãos tratam do caso do paciente Marcio Rodrigues Dantas, condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela

prática de crime de roubo majorado, com direito de recorrer em liberdade. Somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso e expediu mandado de prisão contra o condenado. Contra essa ordem de prisão que foi expedida, a defesa impetrou *Habeas Corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Francisco Falcão indeferiu o pedido de liminar no HC nº 313.021/SP<sup>146</sup>.

Indeferida a liminar mencionada, a defesa do paciente impetrou outro *Habeas Corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal, alegando dentre outros pedidos, o concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente recorrer em liberdade até o devido trânsito em julgado, ocasião em que a Procuradoria-Geral da República se manifestou pela concessão da ordem<sup>147</sup>.

O Ministro Teori Zavascki foi o Relator do HC nº 126.292/SP, cujo voto segue detalhadamente. O Relator iniciou seu voto afirmando que ao expedir a ordem de prisão contra o acusado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu decisão em confronto com o entendimento do STF, consagrada no HC nº 84.078/MG. Não se tratava, no caso, de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, e o entendimento consagrado afirma que a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença<sup>148</sup>.

O tema relacionado com a execução provisória de condenações aborda diversos temas como o alcance do princípio da presunção de inocência, equilíbrio entre este princípio e a efetividade da função jurisdicional. O entendimento que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da CF/88, é que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou sentença penal condenatória recorrível. Importante ressaltar também que os recursos especial e extraordinário, que não tem efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão<sup>149</sup>.

Em seu voto, mencionou que em diversas oportunidades as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso

---

<sup>146</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>147</sup>Idem.

<sup>148</sup>Idem.

<sup>149</sup>Idem.

especial ou extraordinário. Esse foi o entendimento aplicado entre 1991 e meados de 2008<sup>150</sup>.

A alteração dessa jurisprudência tradicional, que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível, veio ocorrer realmente após debates das Turmas no julgamento do HC nº 84.078/MG em 2009. Por sete votos a quatro, ficou determinado que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação<sup>151</sup>.

Feitas essas considerações, o Relator discorreu sobre o princípio da presunção de inocência, enfatizando sua influência na distribuição do ônus probatório, a importância do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal, da não auto-incriminação, entre outros princípios constitucionais<sup>152</sup>.

Para o Relator, a eventual condenação representa um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, onde o sentenciante de primeiro grau prola a sentença baseada em elementos de prova, produzidos no crivo do contraditório no curso da ação penal, superando a presunção de inocência por um juízo de culpa. Na apelação que ficará exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, concretizando o duplo grau de jurisdição, onde ocorrerá um reexame da decisão judicial. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares que podem ser decretadas<sup>153</sup>.

Os recursos de natureza extraordinária não são recursos de ampla devolutividade, pois não se prestam ao reexame da matéria fático-probatória, onde após o julgamento da apelação, ocorreria uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Diante dessas circunstâncias, considerou ser inteiramente justificável a relativização do princípio da presunção de inocência, onde teria sentido negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários<sup>154</sup>.

Considerou ao final que, esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação, tem-se uma declaração de que o réu é culpado e a sua prisão

---

<sup>150</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>151</sup>Idem.

<sup>152</sup>Idem.

<sup>153</sup>Idem.

<sup>154</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

necessária, onde nesse estágio, seria compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que houvessem recursos pendentes<sup>155</sup>.

Teori Zavascki continuou seu voto voltando a tratar sobre os recursos de natureza extraordinária. A execução da pena, na pendência desses recursos, não compromete o pressuposto da não culpabilidade, pois o acusado foi tratado como inocente durante todo o processo, respeitados seus direitos e garantias, bem como as regras probatórias. Portanto, a partir daí, não seria incompatível com a garantia constitucional autorizar a produção dos efeitos da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias<sup>156</sup>.

Considerou que a presunção não impede que mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado, orientação também aplicada no cenário internacional. Votou a insistir que, os recursos de natureza extraordinária, não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças, onde os Tribunais Superiores não discutem acerca da culpa, e excepcionalmente teriam, sobre o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado<sup>157</sup>.

Discorreu sobre a prescrição, onde o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou acórdãos recorríveis. Tais recursos, além de não serem direcionados a resoluções de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção do prazo prescricional. Ao invés de agir como um instrumento de garantia acaba representando um mecanismo inibidor da efetividade jurisdicional penal<sup>158</sup>.

Para o Relator o Poder Judiciário e o STF devem resgatar a inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário, como já é previsto na legislação, é um mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Mostra-se justificável a possibilidade de o julgador determinar o imediato cumprimento da pena,

---

<sup>155</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>156</sup>Idem.

<sup>157</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>158</sup>Idem.



inclusive com restrição de liberdade, depois de firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias<sup>159</sup>.

O Ministro Relator concluiu seu voto com a proposta de mudança da orientação, restaurando o tradicional entendimento da Suprema Corte, no seguinte sentido: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”. Com isso votou no sentido de denegar a ordem de Habeas Corpus, com a consequente revogação de liminar concedida<sup>160</sup>.

O próximo a votar foi o Ministro Edson Fachin, que iniciou elogiando o voto do relator, já demonstrando qual seria sua posição. Acompanhou o voto do relator acrescentando e reiterando alguns argumentos, onde interpretou o art. 5º, LVII da CF/88 sem o apego à literalidade, diferentemente daqueles que defendem ser impossível iniciar o cumprimento de pena sem que os Tribunais Superiores deem a ultima palavra sobre a culpabilidade do condenado<sup>161</sup>.

Afirmou que não se pode dar à regra constitucional estampada do art. 5º, LVII da CF/88 caráter absoluto, desconsiderando a necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, ponderados com igual ênfase, não permitem a conclusão de que apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias poderá se iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade. Reforçou em seu voto a ideia de que nenhuma norma, principalmente de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir votos de super princípio, ofuscando a eficácia de normas constitucionais de mesma hierarquia<sup>162</sup>.

Abordou a questão do revolvimento da matéria fática, que é firmada nas instâncias ordinárias e não está ao alcance das Cortes Superiores. Estas, não podem dar nova versão, pois não analisam as provas e as versões fáticas apresentadas pelas partes, ficando isso a cargo das instâncias ordinárias. O acesso de recursos ao STF e STJ se dá em caráter de absoluta excepcionalidade<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>160</sup>Idem.

<sup>161</sup>Idem.

<sup>162</sup>Idem.

<sup>163</sup>Idem.

O Ministro Fachin ressaltou que, no plano infraconstitucional, as regras da Lei de Execuções Penais nº 7.210/84, em especial os arts. 147 e 164, que exigem a manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença condenatória para a execução iniciar-se, deixam de ser argumentos suficientes para impedir a execução penal após esgotamento das instâncias ordinárias, visto que são anteriores à Lei nº 8.038/90<sup>164</sup>.

O próximo voto foi do Ministro Luís Roberto Barroso, para ele a execução da pena após a decisão condenatória em segunda instância não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. A constituição não condiciona a prisão ao trânsito em julgado, mas sim a culpabilidade, onde o pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente<sup>165</sup>.

Abordou o contexto histórico da jurisprudência sobre o tema, que desde a promulgação da Constituição de 1988 até 2009 era aplicado o entendimento que não havia ofensa ao princípio da presunção de inocência na execução da pena após decisão de segunda instância. Após o julgamento do HC nº 84.078, em 5 de fevereiro de 2009, por 7 votos a 4, passou a interpretar a presunção de inocência como uma regra de caráter absoluto. Nessa ocasião, votaram com a maioria dos Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos pela manutenção da orientação anterior os Ministros Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ellen Gracie<sup>166</sup>.

Explicou sobre a mutação constitucional, que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto, podendo decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo pela sociedade. A ideia de ético e justo varia com o tempo, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou o entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena.

---

<sup>164</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>165</sup>Idem.

<sup>166</sup>Idem.

Já no HC nº 126.292 se propõe uma nova mudança, tendo em vista o impacto traumático da realidade que se criou após a primeira mudança de orientação<sup>167</sup>.

Em relação aos recursos protelatórios trouxe dados sobre pesquisa feita entre 2009 e 2016, onde recursos extraordinários providos em favor do réu chegavam ao percentual inferior a 1,5%, as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1 por cento do total de decisões<sup>168</sup>.

Para Barroso, a presunção de inocência é um princípio e não uma regra. Dessa forma, tal presunção pode ser aplicada com maior ou menor intensidade quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. Com a confirmação da condenação em segunda instância, já houve demonstração segura da responsabilidade do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, com isso a presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com a efetividade da lei penal, outro interesse constitucional de extrema relevância<sup>169</sup>.

Os direitos e garantias não são absolutos, não se admite o exercício ilimitado de prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente se veiculados a princípios, como é o caso do princípio da presunção de inocência, diferente das regras. A aplicação das regras se opera na modalidade do “tudo ou nada”, ou a regra regula a matéria inteira ou é descumprida. Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados, designando estados ideais, realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Para Barroso, não há dúvida que a presunção de inocência é um princípio, tanto é que se admite a prisão cautelar e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado<sup>170</sup>.

Esgotadas as instâncias ordinárias, a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A execução da pena nesses casos justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais<sup>171</sup>.

---

<sup>167</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>168</sup>Idem.

<sup>169</sup>Idem.

<sup>170</sup>Idem.

<sup>171</sup>Idem.

Para reforçar a linha interpretativa o Ministro Barroso utilizou três fundamentos pragmáticos. Com a execução da pena a partir da decisão de segunda instância se permite tornar o sistema de justiça mais funcional e equilibrado, coibindo a infundável interposição de recursos protelatórios e favorecendo a valorização da jurisdição criminal ordinária. Ajuda a diminuir a seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, reduzindo os incentivos à criminalidade, como exemplo o crime de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena. Combate o paradigma da impunidade do sistema criminal, evitando que o aguardo do trânsito em julgado do Resp ou RE impeça a aplicação da pena pela prescrição, ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição<sup>172</sup>.

A partir desses fatores tornou-se evidente que não se justificaria no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau ou de órgão colegiado no sentido da culpabilidade do agente. Essa interpretação visa garantir a efetividade da lei penal em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a propriedade, a dignidade humana, a integridade física, entre outros bens jurídicos relevantes que devem ser ponderados. Para o Ministro, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente em sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Sendo assim, votou no sentido de denegar a ordem, acompanhando o voto do Relator<sup>173</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes iniciou seu voto recordando-se do HC nº 84.078/MG. Ele formou a maioria de votos para estabelecer a orientação vigente quanto à necessidade do trânsito em julgado para execução da sentença. Citou o voto do Ministro Cezar Peluso no HC nº 84.078, que ressaltava a importância ou a possibilidade da prisão provisória a partir da sentença de primeiro ou segundo graus desde que presentes seus requisitos, casos que se enquadravam no fundamento de ordem pública visando evitar uma reiteração delitiva por parte do condenado,

---

<sup>172</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>173</sup>Idem.

hipótese plausível para justificar a prisão preventiva a partir da decisão de primeiro ou segundo grau<sup>174</sup>.

Fez observações muito importantes, se o acusado não é punido no início, não conseguem punir no final. Em vista das delongas que o sistema permite, há casos graves em que se tem a efetividade da justiça comprometida. Citou a multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediendo do trânsito em julgado, que muitas vezes levam à ocorrência da prescrição. Gilmar Mendes reconheceu que há uma massa de processos e recursos que impedem que o STF seja completamente onisciente, onde a prescrição ocorre, mas não por culpa do Supremo, e essa massa de recursos gera um quadro constrangedor de impunidade<sup>175</sup>.

Retornando aos argumentos, Gilmar Mendes discorreu sobre a perspectiva teórica do princípio da presunção de inocência, abordando sobre a terminologia, se seria princípio da presunção de inocência ou presunção da não culpabilidade, diferenciação importante para compreensão do tema. Para o Ministro, o correto seria presunção da não culpabilidade, ora, a ideia de presunção de inocência se entendida sem flexibilidade tornaria o indivíduo quase que insuscetível de ser investigado. Falou da presunção como direito fundamental negativo, devido ao ônus da prova do crime e da sua autoria ser distribuído à acusação. Tal garantia impede que o acusado seja tratado como culpado até o trânsito em julgado da sentença, mas está longe de precisar o que se considera alguém como culpado<sup>176</sup>.

Para Gilmar Mendes, o que se tem é a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade e a dificuldade de se compatibilizar o respeito ao acusado com a sua progressiva demonstração de culpa. No seu entendimento, estamos falando de um princípio, não de uma regra, por isso possível sua flexibilização, não se trata de uma fórmula tudo ou nada. É natural que ao decorrer do processo a presunção de não culpabilidade evolua de acordo com o estágio do procedimento, desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso e aceitável<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>175</sup>Idem.

<sup>176</sup>Idem.

<sup>177</sup>Idem.

O Ministro continuou seu voto fazendo uma observação importante, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação cause efeitos severos, citando como exemplo a Lei de Ficha Limpa, onde o acusado perderia o direito de se eleger, isso a partir do julgamento em tribunal, sem a coisa julgada propriamente dita. Nesse aspecto, não parece ser incompatível com a presunção da não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independente da tramitação de recursos após decisão de segunda instância.

Citou a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Européia dos Direitos do Homem, o direito francês, canadense, russo, mostrando que todos escolhem como marco para cessação da presunção o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. Citou também, continuando nessa linha de pensamento, ordenamentos jurídicos internacionais que consideram que com a declaração de culpa, cessa a presunção, independente do cabimento de recursos<sup>178</sup>.

Em suma, para Gilmar Mendes, conforme o processo se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento diferenciado. A prisão após decisão de segunda instância não pode ser considerada violadora do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, mesmo sendo um princípio relevantíssimo, deve ser entendido de acordo com os demais preceitos constitucionais, e não como regra absoluta. Acompanhou, portanto, o voto do Relator para denegar a ordem<sup>179</sup>.

A Ministra Cármen Lúcia iniciou seu voto fazendo menção ao HC nº 84.078/MG, o qual ocorreu em 2009 modificando a jurisprudência tradicional aplicada desde a vigência da CF/88. Mencionou que ficou vencida nas outras ocasiões exatamente no sentido que é o voto agora do Ministro-Relator. Considerou que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, haveria de ser lida e interpretada no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência, todos são considerados inocentes até prova em

---

<sup>178</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>179</sup>Idem.

contrário, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em tratados internacionais<sup>180</sup>.

Para a Ministra, não parece existir ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade penal o início de cumprimento de pena determinado quando já exaurida a fase de provas, extinguida exatamente após o duplo grau de jurisdição, porque então se discute o direito. Mencionou inclusive a Súmula 279, que não permite revisão de provas em sede de RE ou REsp<sup>181</sup>.

Em suma, para a Ministra o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito em julgado, e não a não condenação, se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de direitos humanos. Por esta razão a Min. Cármen Lucia optou por se manter na mesma linha dos votos antes proferidos, denegando a ordem e acompanhando o voto do Relator, pedindo vênias para quem votou diferente<sup>182</sup>.

O Ministro Dias Toffoli proferiu seu voto acompanhando parcialmente o entendimento do relator. Entendeu que ao Supremo e ao Superior Tribunal de Justiça, cabem apenas discussões de direito, que não dizem respeito à justiça ou injustiça de decisões judiciais. Nesse sentido, os recursos a esses tribunais serviriam para preservar a higidez do sistema normativo. Dias Toffoli votou para que a pena só seja decretada depois de uma decisão do STJ, no caso a partir de decisão de terceira instância<sup>183</sup>.

Para Toffoli, não significa que se deva esperar um posicionamento do Supremo para poder executar a pena. Em seu voto, o ministro disse que os recursos ao STF, para serem admitidos, precisam ter a repercussão geral reconhecida pelo tribunal e precisam discutir matéria constitucional. Portanto, na opinião de Toffoli, deixam de discutir apenas questões individuais e subjetivas e passam a ser recursos de caráter objetivo<sup>184</sup>.

De acordo com o entendimento do Ministro Toffoli, o trânsito em julgado acontece quando se atinge a certeza na formação da culpa. Toffoli defendeu

---

<sup>180</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>181</sup>Idem.

<sup>182</sup>Idem.

<sup>183</sup>CANÁRIO, Pedro. *Leia o voto do ministro Dias Toffoli sobre a prisão antes do trânsito em julgado*. 1997. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/leia-voto-toffoli-prisao-antes-transito-julgado>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

<sup>184</sup>Idem.

essa tese sozinho, porém adotou o pedido intermediário feito pelo Partido Ecológico Nacional, autor de uma das ações declaratórias de constitucionalidade discutidas pelo Supremo<sup>185</sup>.

O Ministro acolheu sua posição subsidiária, no sentido de que a execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral – ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais<sup>186</sup>.

Segundo Toffoli, a Constituição Federal exige que haja a certeza da culpa para fim de aplicação da pena, e não só sua probabilidade, e qualquer abuso do poder de recorrer pode ser coibido pelos tribunais superiores. Nesse sentido, citou entendimento adotado pelo STF que admite a baixa imediata dos autos independentemente da publicação do julgado, a fim de evitar a prescrição ou obstar tentativa de protelar o trânsito em julgado e a execução da pena<sup>187</sup>.

Votou pela concessão, em parte, da medida cautelar, para o fim de se determinar a suspensão das execuções provisórias de decisões penais ordenadas na pendência de julgamento de recurso especial ou de agravo em recurso especial que tenham por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido pelo Plenário do STF no HC nº 126.292/SP<sup>188</sup>.

Completando os que votaram acompanhando o Relator, votou o Ministro Luiz Fux. Para o Ministro, houve uma deformação convincente da presunção da não culpabilidade. A presunção de inocência, desde suas raízes históricas, está baseada exatamente na regra de que uma pessoa é inocente até ser

---

<sup>185</sup>O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propuseram as ações declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, em 5 de outubro de 2016, pedindo a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do Habeas Corpus 126.292, em fevereiro de 2016, produziu uma série de decisões que ignoraram o disposto no artigo 283 do CPP. O STF entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início de cumprimento da pena após decisão de segunda instância, e indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, que visavam suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância.

<sup>186</sup>CANÁRIO, Pedro. *Leia o voto do ministro Dias Toffoli sobre a prisão antes do trânsito em julgado*. 1997. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/leia-voto-toffoli-prisao-antes-trnsito-julgado>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

<sup>187</sup>Idem.

<sup>188</sup>Idem.



considerada culpada. O cidadão tem a denúncia recebida, é condenado em primeira instância, é condenado em grau de apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no STF, isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência<sup>189</sup>.

Para o Ministro Fux, a presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, não havendo necessidade de trânsito em julgado. A coisa julgada está intimamente relacionada com a ideia de imutabilidade ou indiscutibilidade da decisão, e é exatamente o que ocorre no processo penal com relação a matéria fático-probatória. Fez uma observação que pra ele pareceu muito importante, se referindo aos casos que após a sentença, não iniciado o cumprimento de pena, a defesa pode recorrer *ad infinitum*, correndo a prescrição, sem inércia do Ministério Público, considerando essas situações como absurdas<sup>190</sup>.

O Ministro concluiu seu voto falando sobre o desenvolvimento da força normativa da Constituição, onde a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, principalmente em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores. Feitas essas considerações, votou acompanhando o voto do Relator para denegar a ordem<sup>191</sup>.

Diante desses votos, percebemos que sete ministros se posicionaram para a restauração da jurisprudência tradicional, onde se permite a execução da pena após decisão condenatória de segunda instância, considerando que não há ofensa ao princípio da presunção de inocência.

### **3.1.1. Votos contra a execução da pena a partir de decisão de segunda instância.**

Agora serão analisados os votos proferidos contra o voto do Relator, no sentido de conceder a ordem. Inicialmente, com o voto da Ministra Rosa Weber e, posteriormente, com os votos dos demais Ministros.

---

<sup>189</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>190</sup>Idem.

<sup>191</sup>Idem.

Ao iniciar seu voto, a Ministra Rosa Weber mencionou que não pode se debruçar sobre o tema com o cuidado que deveria, porém compartilhou das preocupações do Relator no sentido de mudar a jurisprudência, louvando os votos do relator e dos Ministros que o acompanharam. Rosa Weber afirmou que, utilizava como critério de julgamento a manutenção da jurisprudência da casa, prestigiando o princípio da segurança jurídica<sup>192</sup>.

Para a Ministra, apenas a alteração dos integrantes da Corte não justificaria a mudança da jurisprudência. Reconheceu o uso abusivo e indevido de recursos, realidade enfrentada todos os dias, porém, talvez, por falta de reflexão maior, a Ministra não se sentiu à vontade para endossar a revisão de jurisprudência proposta<sup>193</sup>.

Citou o voto do Ministro Eros Grau, proferido no HC nº 84.078/MG, há seis anos do HC nº 126.292/SP, que por esse Ministro foi proposta a revisão da jurisprudência da Corte sobre o tema. Propôs a revisão da jurisprudência que, conforme acentuou o Ministro Relator, era forte no sentido da possibilidade de execução da pena na pendência ainda de recursos. Com isso, ficou acentuado que a execução da sentença antes do trânsito em julgado seria incompatível com o princípio da presunção de inocência. Mencionou também o voto do Ministro Marco Aurélio, que no mesmo julgamento afirmou a impossibilidade, sem afronta ao art. 5º da CF/88, da antecipação provisória do cumprimento da pena<sup>194</sup>.

Reforçou a ideia do referido HC, afirmando que além de um princípio explícito de direito, o princípio da presunção de Inocência se tratava de regra expressa afirmada, em todas suas letras, pela Constituição. Na ocasião do julgamento do HC nº 84.078MG, o Plenário analisou o tema com profundidade, optando pelo sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da sentença condenatória<sup>195</sup>.

Diante desses fatos, para Rosa Weber, o melhor caminho para solucionar estas questões não seria a alteração, pela Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional em questão. Com isso, divergiu do voto do Relator para conceder a ordem, ressaltando a discordância da decisão do Tribunal de Justiça de

---

<sup>192</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>193</sup>Idem.

<sup>194</sup>Idem.

<sup>195</sup>Idem.

São Paulo que determinou a execução da pena, em execução provisória, não se tratando de prisão cautelar<sup>196</sup>.

O Ministro Marco Aurélio iniciou seu voto mencionando que a Corte tinha revisado recentemente a jurisprudência para admitir que a execução seria precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada. Afirmou ainda que tal execução esvaziaria o modelo garantista decorrente da CF/88, reconhecendo que a justiça é morosa, do mesmo modo que a persecução criminal, e que para o direito penal o tempo é precioso, implicando em alguns casos na prescrição da pretensão punitiva do Estado<sup>197</sup>.

Para Marco Aurélio, o preceito constitucional não permite interpretações, a ele deve ser dado sentido literal, pois o texto é claro e preciso, e diante disso cessa a interpretação sob pena de reescrever norma jurídica. Citou os casos em que a execução provisória pode ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, mas também no suspensivo. O Ministro fez uma indagação, citando os casos em que o acusado tem sua liberdade perdida por uma sentença condenatória, e essa é modificada por meio de recurso resultando em absolvição, a liberdade jamais seria devolvida ao cidadão<sup>198</sup>.

Ao longo do seu voto, demonstrou sua discordância dos que pretendiam rever a jurisprudência em relação à execução provisória e antecipada da pena, defendendo o que restou decidido no julgamento do HC nº 84.078/MG, se indignando com o fato de ser possível colocar o réu na cadeia, pouco importando que posteriormente o título condenatório venha a ser reformado<sup>199</sup>.

Feitas essas considerações, o Ministro Marco Aurélio pediu vênias para se manter fiel à essa linha de pensamento, visando emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade, evitando que se execute uma pena que ainda não é definitiva, respeitando a recorribilidade extraordinária e a possibilidade de provimento do recurso especial ou extraordinário. Acompanhou a Ministra Rosa Weber para divergir do Relator concedendo a ordem<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>197</sup>Idem.

<sup>198</sup>Idem.

<sup>199</sup>Idem.

<sup>200</sup>Idem.

O próximo Ministro a votar foi Celso de Mello. Iniciou seu voto já em defesa do princípio da presunção de inocência. Referiu-se ao princípio como uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra opressão do Estado e abuso de poder, e prosseguiu em seu voto discorrendo sobre a parte histórica do princípio da presunção de inocência<sup>201</sup>.

Celso de Mello fez uma advertência citando a obra do Professor Luiz Flavio Gomes, que considera como correto o princípio da presunção de inocência ao invés de princípio da não culpabilidade, diferente do pensamento do Ministro Gilmar Mendes como demonstrado anteriormente. Ainda citando esta obra, afirmou que a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado<sup>202</sup>.

Segundo o entendimento de Celso de Mello, a presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa, independe da gravidade ou hediondez do delito que foi imputado ao acusado, onde a prerrogativa de ser sempre considerado inocente deve prevalecer até o trânsito em julgado, como cláusula de bloqueio a qualquer imposição prematura. Nesse sentido, a presunção de inocência somente perderá sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No Brasil, a proteção ao princípio da presunção de inocência é mais intensa. Para Celso de Mello, seria inadequado invocar a prática semelhante aos Estados Unidos da América e da França, por exemplo, cujas constituições diferem da nossa, onde não se impõe a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal<sup>203</sup>.

Cumprе ressaltar uma parte do voto de Celso de Mello onde ele se refere à progressividade da culpa do acusado durante o processo. Para ele, a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição. Portanto, mesmo confirmada a condenação por tribunal de segunda instância, o indiciado ainda terá seu direito fundamental assegurado, onde deixará de prevalecer apenas com trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>202</sup>Idem.

<sup>203</sup>Idem.

<sup>204</sup>Idem.

Para Celso de Mello, seria incompatível com nosso ordenamento jurídico positivo a permissão da execução antecipada da condenação criminal. Citou os arts. 105 e 147 da Lei de Execução Penal, que impõe como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória o seu necessário trânsito em julgado, respectivamente. Divergiu do Relator para manter o precedente firmado no julgamento plenário do HC nº 84.078/MG, reafirmando a tese da incompatibilidade entre a execução antecipada da pena e o princípio da presunção de inocência<sup>205</sup>.

O último a votar foi o Ministro Ricardo Lewandowski, que à época do julgamento era Presidente do STF. Iniciou seu voto pedindo vênias ao Relator para manter sua posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, descrito no art. 5º, LVII da CF/88. Se referiu ao longo voto que proferiu no HC nº 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, reafirmando que não consegue ultrapassar a taxatividade do dispositivo constitucional em questão, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado<sup>206</sup>.

Reiterou o que disse o Ministro Eros Grau, considerando que nem mesmo argumentos de ordem prática, dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão lotar de recursos, podem ser evocados para ultrapassar o princípio fundamental da presunção de inocência. A interposição pela defesa, de recurso especial ou extraordinário, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda agindo em favor do réu a presunção de não culpabilidade, é incompatível com a execução provisória da pena<sup>207</sup>.

Após todos esses votos, o Tribunal por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem com a consequente revogação da liminar. Por maioria de 7 a 4 ficaram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, restou determinado o início da execução da pena. O plenário mudou a jurisprudência da Corte, reafirmando que é possível a execução da pena depois de

---

<sup>205</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>206</sup>Idem.

<sup>207</sup>Idem.

decisão condenatória confirmada em segunda instância, restaurando a jurisprudência tradicional que era aplicada desde a vigência da CF/88 até 2009<sup>208</sup>.

### **3.2. HC 152.752/PR, a confirmação da aplicação da jurisprudência tradicional.**

Será analisado o julgamento pelo STF do HC nº 152.752/PR, com a exposição dos votos de cada ministro, demonstrando as justificativas de cada voto, bem como os votos dos ministros que mudaram em relação ao HC nº 126.292/SP. Primeiro, uma introdução sobre o que foi discutido no *Habeas Corpus*, em seguida a exposição dos votos e argumentos divididos nos que votaram a favor ou contra a confirmação da aplicação da jurisprudência tradicional, que permite a execução da pena a partir de decisão de segunda instância. Por fim, serão apresentadas as consequências que a confirmação da jurisprudência tradicional trouxeram para compreensão do tema.

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar perante o Supremo Tribunal Federal, em favor do Ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva. Lula foi condenado pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região à pena de 12 (doze) anos e 1(um) mês de reclusão, pela prática dos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, no julgamento da sua apelação criminal<sup>209</sup>.

O Habeas Corpus nº 434.766/PR foi impetrado em vista do acórdão condenatório que confirmou a sentença e elevou a pena, determinando o início de execução logo após o esgotamento do duplo grau de jurisdição. A defesa alegou constrangimento ilegal sobre a liberdade do paciente em decorrência de decisão monocrática do Ministro Humberto Martins, Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar<sup>210</sup>.

A defesa pretendia impedir o início da execução da pena aplicada pelo TRF-8ª Região, e garantir ao condenado que respondesse em liberdade até o trânsito em julgado de eventual decisão condenatória. Citou o HC nº 126.292/SP e as ADCs 43 e 44, afirmando que a decisão foi proferida por apertada maioria do

---

<sup>208</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>209</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752, Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 05 de abril de 2018. Dje 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

<sup>210</sup>Idem.

Supremo, exigindo a aplicação dos arts. 105 e 147 da Lei de Execução Penal e a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Afirmou que as decisões no HC nº 126.292/SP e nas cautelares da ADC 43 e 44 tornaram a execução provisória da pena uma possibilidade, e não uma obrigação, devendo sua aplicação ser avaliada no caso concreto<sup>211</sup>.

O Relator foi o Ministro Edson Fachin, iniciando seu voto falando sobre o ato apontado pela defesa como coator e ilegal, a decisão do STJ, que para ele não apresentava nenhuma ilegalidade nem abuso de poder. Para o Relator, o Superior Tribunal de Justiça ao cancelar a determinação emanada do TRF4ª Região, limitou-se a proferir decisão compatível com a jurisprudência da Suprema Corte e que, por expressa imposição legal, deveria se manter íntegra, estável e coerente<sup>212</sup>.

Edson Fachin considera que a execução provisória aplicada nos termos das decisões do Plenário atua como desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias, tratando-se apenas de cumprimento do título condenatório. Para ele, a alegação de que o TRF-4ª Região teria incorrido em indevida *reformatio in pejus*, e a sustentação jurídica ao condicionamento do início da execução à existência de pedido específico da acusação, não possuem pronunciamento jurisdicional que justifique tais alegações<sup>213</sup>.

Afirmou não discutir a tese de execução provisória após decisão de segunda instância, mas o caso do recurso de Lula contra a rejeição do HC 434.766/PR pelo STJ. Feitas essas considerações, por não verificar ilegalidade, abusividade ou teratologia no ato apontado como coator, o Ministro Edson Fachin votou para denegar a ordem, mantendo seu posicionamento em relação ao HC nº 126.292<sup>214</sup>.

O Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o voto do Relator, destacando que, desde a vigência da Constituição de 1988 até 2009, ou seja, na

---

<sup>211</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752, Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 05 de abril de 2018. DJe 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

<sup>212</sup>ON LINE, O povo. *STF rejeita habeas corpus e abre caminho para prisão de Lula*. 1997. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/politica/ae/2018/04/como-votaram-os-ministros-no-julgamento-de-habeas-corpus-de-lula.html>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

<sup>213</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752, Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 05 de abril de 2018. DJe 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

<sup>214</sup>Idem.

maior parte da vigência da Constituição, se aceitou a execução da pena antes do trânsito em julgado. Demonstrou que essa foi a posição adotada de quase três em cada quatro ministros que passaram pelo Supremo desde 1988, entendendo que não houve ilegalidade pelo STJ<sup>215</sup>.

Ressaltou ainda que a presunção de inocência não possui caráter absoluto, é relativa e não é afetada pela execução provisória da pena. Em relação ao pronunciamento do STJ apontado por Gilmar Mendes, considerou que não é atribuição do STJ analisar matéria fática. Para reforçar esse entendimento, Alexandre de Moraes encerrou seu voto citando Constituições de países democráticos às quais permitem cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da condenação<sup>216</sup>.

O Ministro Luís Roberto Barroso também acompanhou o Relator mantendo o mesmo entendimento elaborado no HC nº 126.292. Em relação aos argumentos da defesa sobre a decisão do STJ, considerou que o STJ apenas aplicou ao caso concreto a decisão do STF sobre prisão em segunda instância<sup>217</sup>.

Abordou em seu voto a questão cronológica do tema, reforçando que desde 1988 até 2018, somente entre 2009 e 2016 se entendeu que a pena não poderia ser cumprida antes do trânsito em julgado da condenação. Mencionou a mesma ideia que citou em seu voto no HC nº 126.292, que um sistema de Justiça que não funciona faz as pessoas acreditarem que o crime compensa, e acaba influenciando instintos de justiças com as próprias mãos. Concluiu seu voto acrescentando que, caso fosse voto vencido, que o cumprimento da pena devesse ocorrer após a primeira decisão do STJ<sup>218</sup>.

A Ministra Rosa Weber, a qual teve o voto considerado por muitos como decisivo, tendo em vista sua posição no HC nº 126.292/16, gerou bastante dúvida acerca de qual seria seu posicionamento. Quando Rosa votou, o placar era de 3 votos para denegação da ordem e 1 voto para concessão. Assim como

---

<sup>215</sup>ON LINE, O povo. *STF rejeita habeas corpus e abre caminho para prisão de Lula*. 1997. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/politica/ae/2018/04/como-votaram-os-ministros-no-julgamento-de-habeas-corpus-de-lula.html>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

<sup>216</sup>ON LINE, O povo. *STF rejeita habeas corpus e abre caminho para prisão de Lula*. 1997. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/politica/ae/2018/04/como-votaram-os-ministros-no-julgamento-de-habeas-corpus-de-lula.html>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

<sup>217</sup>Idem.

<sup>218</sup>Idem.



Barroso, em relação aos argumentos apontados pela defesa, entendeu que o STJ apenas confirmou o entendimento atual do STF<sup>219</sup>.

Criticou a constante possibilidade de mudança de entendimento, ressaltando que a imprevisibilidade jurídica é risco de arbítrio e que o Judiciário precisa ser previsível. Rosa Weber, apesar de ter o entendimento contrário ao tema, preferiu votar com o objetivo de assegurar a aplicação isonômica do direito<sup>220</sup>.

Para Rosa Weber, no caso de Cortes colegiadas, é preciso que os precedentes fixados sejam respeitados, e nesse tipo de tribunal, as vozes individuais vão cedendo em favor de uma voz institucional. Rosa Weber votou, segundo ela, respeitando a jurisprudência em vigor, baseando sua fundamentação no princípio da colegialidade. Abriu mão de sua posição pessoal, que foi voto vencido no HC nº 126.292, e acompanhou o Relator para negar provimento ao HC nº 152.752/PR, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica<sup>221</sup>.

O Ministro Luiz Fux manteve seu posicionamento em relação ao HC 126.292, considerando que a presunção de inocência acaba quando o Estado acusador prova ao Judiciário a culpa do réu. Ressaltou que o direito fundamental decorrente da Constituição é o de não ser condenado sem prova de culpa, confirmada essa culpa em segunda instância, com o encerramento da discussão sobre materialidade e autoria do crime, não há que se falar em ofensa ao direito fundamental da presunção de inocência<sup>222</sup>.

Para Fux, considera-se presumidamente inocente um homem até que ele seja considerado culpado, não havendo na Constituição a impossibilidade ou interdição de execução de um acórdão condenatório que confirma sentença condenatória, fruto de uma denúncia antecedida por um inquérito. Feitas essas considerações, acompanhou o voto do Relator para denegar a ordem<sup>223</sup>.

A última a votar foi a Presidente Cármen Lúcia, ressaltando que tem mantido a coerência ao votar sempre da mesma forma, em relação a esse assunto

---

<sup>219</sup>Idem.

<sup>220</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752, Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 05 de abril de 2018. Dje 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

<sup>221</sup>ON LINE, O povo. *STF rejeita habeas corpus e abre caminho para prisão de Lula*. 1997. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/politica/ae/2018/04/como-votaram-os-ministros-no-julgamento-de-habeas-corpus-de-lula.html>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

<sup>222</sup>CASADO, Leticia. *Por 6 a 5, Supremo nega habeas corpus para evitar prisão de Lula*. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/por-6-a-5-supremo-nega-habeas-corpus-para-evitar-prisao-de-lula.shtml>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

<sup>223</sup>Idem.

da execução provisória manteve seu posicionamento da mesma forma desde 2009 quando ficou vencida. Acompanhou o voto do Relator para denegar a ordem ao HC de Lula, se mostrando a favor da prisão em segunda instância<sup>224</sup>.

Cármem Lúcia considerou que, com a espera pelo trânsito em julgado para se iniciar o cumprimento de pena, haveria risco de impunidade, isso pelos recursos protelatórios, pelo risco da prescrição, entre outros fatores que comprometem a efetividade da justiça. Para a Presidente, não há ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade quando encerrada a fase de provas, que ocorre após o duplo grau de jurisdição<sup>225</sup>. Para ela, o preceito da presunção de inocência não pode ser considerado isoladamente, mas sim em harmonia com outros dispositivos constitucionais<sup>226</sup>.

### **3.2.1 Votos Contra a aplicação da jurisprudência tradicional**

O segundo Ministro a votar foi Gilmar Mendes, que abriu divergência mudando sua opinião. Antes, no julgamento do HC nº 126.292/SP, votou a favor da prisão a partir de decisão de segunda instância, justificando que injustiças estavam sendo cometidas “aos borbotões”. Já no HC nº 152.752/PR, defendeu a presunção de não culpabilidade, onde a prisão após decisão de segunda instância só poderia ocorrer após manifestação do STJ<sup>227</sup>.

Para Gilmar Mendes, confirmada a condenação em segunda instância, o início de cumprimento da pena seria uma possibilidade, e não uma imposição, e fez uma breve retrospectiva do tema em seu voto citando as mudanças de entendimento entre 1988 e 2016. Afirmou que após o julgamento do HC nº 126.292, a execução provisória a partir de decisão em segunda instância tem sido aplicada pelas instâncias inferiores automaticamente, em todos casos e situações,

---

<sup>224</sup>CASADO, Letícia. *Por 6 a 5, Supremo nega habeas corpus para evitar prisão de Lula*. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/por-6-a-5-supremo-nega-habeas-corpus-para-evitar-prisao-de-lula.shtml>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

<sup>225</sup>Idem.

<sup>226</sup>Idem.

<sup>227</sup>ON LINE, O povo. *STF rejeita habeas corpus e abre caminho para prisão de Lula*. 1997. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/politica/ae/2018/04/como-votaram-os-ministros-no-julgamento-de-habeas-corpus-de-lula.html>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida<sup>228</sup>.

Mencionou seu voto no HC nº 126.292, reafirmando alguns argumentos, como a diferença entre princípios e regras, suas fórmulas de aplicações, a vinculação dos recursos de natureza extraordinária apenas a questões Constitucionais e Federais, a ausência de efeito suspensivo desses recursos, dentre outros argumentos destacados no referido HC<sup>229</sup>.

Afirmou que sua argumentação no HC nº 126.292 poderia ter sido outra, tendo em vista a análise de situações concretas resultantes de tal julgado, onde os tribunais passaram a determinar automaticamente a antecipação da execução da pena. Citou decisões do STJ com o objetivo de mostrar a probabilidade de reforma das decisões, mostrando que alguns réus cumpriram penas indevidamente e foram presos indevidamente<sup>230</sup>.

Aderiu ao entendimento inaugural do Ministro Dias Toffoli na ADC 43, no sentido de que o início da execução da pena deveria aguardar o julgamento do Recurso Especial (ou AResp) pelo STJ. Como os casos citados no voto de Dias Toffoli demonstraram, o STJ pode corrigir questões relativas à tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena. Conforme restou assentado, a interposição de recurso especial não obstará a execução da pena de prisão estabelecida na decisão penal condenatória. Diante disso, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF<sup>231</sup>.

Gilmar Mendes entende que a escolha do julgamento pelo STJ confere maior segurança à execução da pena. Sendo assim, dentre as possibilidades de se aguardar um extenso lapso temporal até o julgamento definitivo da condenação em recurso extraordinário, e a execução imediata e automática da pena pelo tribunal de

---

<sup>228</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752, Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 05 de abril de 2018. Dje 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

<sup>229</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752, Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 05 de abril de 2018. Dje 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

<sup>230</sup>Idem.

<sup>231</sup>Idem.

apelação, o julgamento pelo STJ constitui, para Gilmar Mendes, medida mais segura<sup>232</sup>.

Esse ajustamento do momento inicial para a execução da pena a partir de decisão do STJ, chamado pelo Ministro de novo marco, se revelou pra ele mais apropriado para o nosso ordenamento jurídico e mais adequado a nossa realidade atual. Tal entendimento não altera a essência do entendimento majoritário da Suprema Corte estabelecido no HC nº 126.292, de esgotamento das instâncias soberanas na apreciação dos fatos para se considerar imutável a condenação, apenas mudaria o marco<sup>233</sup>.

Falou da garantia da ordem pública e do esgotamento das vias ordinárias como importantes pressupostos para a aferição da necessidade da prisão. Para Gilmar Mendes, deve-se extinguir a ideia equivocada de prisões automáticas decorrentes de condenação em segundo grau, sem levar em consideração a natureza do crime e as circunstâncias do caso concreto. Caberia ao STF e aos Tribunais Superiores delinear com precisão as hipóteses excepcionais em que a ordem pública autoriza a antecipação da execução da pena, diante da regra da prevalência do princípio da presunção de inocência<sup>234</sup>.

Diante desses fatos, tendo em vista a formação progressiva da culpa, o princípio da não culpabilidade permitiria sem ofensa o início da execução da pena a partir da decisão do STJ, conferindo esse novo marco maior segurança jurídica. Nesse sentido, votou para conceder em parte a ordem de *Habeas Corpus*, para que eventual cumprimento de pena ocorra após pronunciamento do STJ<sup>235</sup>.

O próximo Ministro a votar foi Dias Toffoli, mantendo sua posição em relação as ADC's 43 e 44, votando pela execução da prisão após manifestação do STJ, acompanhando neste HC a divergência aberta por Gilmar Mendes. Cumpre ressaltar que, Toffoli que surgiu com essa ideia a qual Gilmar Mendes aderiu , cuja execução ocorreria a partir da decisão de terceira instância<sup>236</sup>.

---

<sup>232</sup>Idem.

<sup>233</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752, Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 05 de abril de 2018. Dje 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

<sup>234</sup>Idem.

<sup>235</sup>Idem.

<sup>236</sup>ON LINE, O povo. *STF rejeita habeas corpus e abre caminho para prisão de Lula*. 1997. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/politica/ae/2018/04/como-votaram-os-ministros-no-julgamento-de-habeas-corpus-de-lula.html>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

Toffoli entende que quando o tema volta ao Plenário o assunto está reaberto, sendo assim, o Supremo não estaria amarrado nem mesmo por súmulas vinculantes, muito menos a decisões anteriores. Dessa maneira, se contrapôs ao voto da Ministra Rosa Weber e dos outros Ministros que acompanharam o voto do Relator, votando favorável para o *Habeas Corpus* de Lula<sup>237</sup>.

Parecia de certa forma, que o desfecho desse julgamento seria com grande diferença no placar, para a manutenção do entendimento consagrado no HC 126.292. Porém, a partir do voto do Ministro Dias Toffoli, se chegou ao um empate que foi decidido pela Presidente Cármen Lúcia.

O Ministro Ricardo Lewandowski, abrindo a divergência de Gilmar Mendes e Dias Toffoli, entendeu que Lula não poderia ser preso até o trânsito em julgado de sua condenação. Para Lewandowski, o direito adquirido de maior conquista pelos cidadãos foi o princípio da presunção de inocência, e seria perigoso flexibilizar esse princípio visando combater a corrupção<sup>238</sup>.

Lewandowski chamou a atenção para o fato que o TRF-4º Região, além de ter mantido a condenação, aumentou a pena do condenado, e para ele, a vida e a liberdade jamais serão restituídas a quem for condenado e posteriormente for absolvido ou ter a pena diminuída pelo STJ ou STF. Com isso, votou para concessão do HC de Lula, mantendo sua posição em relação ao HC nº 126.292<sup>239</sup>.

O Ministro Marco Aurélio de Mello, acompanhando Lewandowski, considerou que a prisão antes do trânsito em julgado seria abdicar o direito fundamental de todos os brasileiros. Para Marco Aurélio, a revogação de uma garantia fundamental não pode ocorrer nem mesmo por uma Emenda Constitucional. Demonstrou dessa forma a manutenção do seu entendimento em relação ao HC nº 126.292<sup>240</sup>.

Refutou, sobre a origem do princípio da presunção de inocência, apontando a Revolução Francesa como basilar, e não como uma invenção brasileira, citando o exemplo da Constituição Portuguesa, à qual a consumação da culpa depende do trânsito em julgado da condenação. Para Lewandowski, o Estado

---

<sup>237</sup>Idem.

<sup>238</sup>ON LINE, O povo. *STF rejeita habeas corpus e abre caminho para prisão de Lula*. 1997. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/politica/ae/2018/04/como-votaram-os-ministros-no-julgamento-de-habeas-corpus-de-lula.html>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

<sup>239</sup>Idem.

<sup>240</sup>Idem.

deve estar apto a julgar os recursos em tempo hábil, e não inverter a ordem natural do processo criminal, onde a prisão deva ocorrer por último<sup>241</sup>.

O Ministro Celso de Mello, que manteve sua posição em relação ao HC nº 126.292, defendeu o princípio da presunção de inocência, sendo contra a prisão antes do trânsito em julgado. Ressaltou que seu voto ultrapassa o caso do Ex-presidente Lula, atingindo direito fundamental<sup>242</sup>.

Para Celso, há sim a possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado, porém de forma cautelar, não como cumprimento de pena por culpa ainda não formada completamente, a conhecida prisão-pena. Portanto, votou favorável ao deferimento do HC de Lula, no sentido de que a execução provisória da pena violaria o princípio da presunção de inocência<sup>243</sup>.

Encerrada a votação, com o voto decisivo para o desempate proferido pela Ministra Cármen Lúcia, o Tribunal por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem com a confirmação da manutenção da jurisprudência tradicional, aplicada desde a vigência da CF/88 até 2009 e de 2016 até o presente momento. O placar foi de 6 a 5 para denegar a ordem ao HC, vencidos em menor extensão os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, e em maior extensão os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski<sup>244</sup>.

Com esse resultado, temos a confirmação da jurisprudência tradicional que permite a prisão a partir de decisão condenatória de segunda instância, considerando que não há violação ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Sendo assim, essa ideia agora será mais difícil de ser modificada, percebendo que sua atuação vem sendo aplicada num total de mais de 23 anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, compreendendo os lapsos temporais de 1988 à 2009 e de 2016 à 2018.

---

<sup>241</sup>Idem.

<sup>242</sup>ON LINE, O povo. *STF rejeita habeas corpus e abre caminho para prisão de Lula*. 1997. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/politica/ae/2018/04/como-votaram-os-ministros-no-julgamento-de-habeas-corpus-de-lula.html>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

<sup>243</sup>Idem.

<sup>244</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752, Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 05 de abril de 2018. Dje 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

### 3.3. Análise Crítica

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 126292/16, alterou sua jurisprudência, definindo novo posicionamento no sentido de que seria cabível a execução provisória da sentença penal condenatória a partir do acórdão de segundo grau. Ou seja, após decisão do Tribunal de segundo grau, é permitida a execução antecipada na pena, desprezando a exigência do trânsito em julgado<sup>245</sup>. Para alguns doutrinadores como Eugênio Pacelli<sup>246</sup>, a referida decisão afronta o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, na medida em que a execução provisória somente seria possível em situações excepcionais, onde fosse comprovado que os recursos interpostos tinham manifesto interesse protelatório.

Essa decisão afrontaria não só o princípio da presunção de inocência como também a determinação vigente do art. 283, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/11. Ao descon siderar a exigência do trânsito em julgado, dá-se sentido diverso ao constante da legislação brasileira em vigor, à qual exige que da decisão não caiba mais recurso. Cumpre ressaltar que, de acordo com o art. 283 do Código de Processo Penal, toda prisão antes do trânsito em julgado deve se amparar em fundamentação cautelar, a lei brasileira veda a execução provisória <sup>247</sup>.

De acordo com a atual jurisprudência do STF e do STJ, ficou consolidado o entendimento de que, a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível assim como a prisão decorrente de pronúncia não ofende o princípio da presunção de inocência desde que, devidamente demonstrada na fundamentação da sentença à necessidade da prisão cautelar, não ocorrendo de forma genérica, por exemplo, com o argumento da garantia da ordem pública<sup>248</sup>.

Em relação ao *fumus commissi delicti*, este já foi concebido na sentença penal condenatória, tendo em vista que sem essa fumaça o réu sequer poderia ser condenado. Quanto ao *periculum libertatis*, o risco para a instrução já desapareceu, pois a instrução já foi realizada. Portanto, ao fundamentar sua

---

<sup>245</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p.610.

<sup>246</sup>Idem.

<sup>247</sup>Idem.

<sup>248</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p.877.

decisão, o magistrado deve comprovar a necessidade estabelecida em elementos probatórios suficientes<sup>249</sup>.

Para parte da doutrina e para alguns Ministros do STJ e do STF é nítida a agressão ao estado de inocência do acusado quando sua prisão ocorre antes do trânsito em julgado da sentença. Sendo assim, é imprescindível que o juiz analise e fundamente na sentença condenatória recorrível à necessidade de manutenção ou imposição da prisão preventiva, levando em consideração o risco de fuga, o regime aplicado, bem como a possibilidade de que a manutenção da condenação exista com o trânsito em julgado da sentença, entre outros fatores que autorizam a aplicação da segregação do acusado<sup>250</sup>.

Nesse caso o objetivo da prisão não se trata mais de tutelar o processo nem a investigação penal, mas a execução de uma sentença apesar de não ter transitado em julgado. O motivo que mais vem sendo utilizado para justificar tal prisão é que a prisão após decisão de segunda instância evita a impunidade, e dá mais credibilidade ao sistema jurídico penal brasileiro, de modo que, caso não ocorra a prisão após decisão de segunda instância, o condenado permaneça mais tempo em liberdade, se aproveitando da demora do julgamento dos recursos para as instâncias superiores.

Entende-se que a execução provisória da pena, após decisão de segunda instância, desde que fundamentada e não ocorra de forma automática, não ofende o princípio da presunção de inocência. A prisão antes do trânsito em julgado da sentença só pode ocorrer se tiver caráter cautelar, daí a necessidade de não ocorrer de forma automática e de justificativas plausíveis na decisão do magistrado.

### **3.3.1. Análise internacional e cronológica da aplicação do princípio da presunção de inocência.**

É necessário que se faça uma análise no cenário internacional para melhor entendimento sobre o princípio da presunção de inocência. Em uma pesquisa feita entre 194 países, incluindo Alemanha, França e Estados Unidos da América, nenhum deles determina que não possa ocorrer a prisão antes do trânsito em julgado e permitem que o acórdão condenatório produza efeitos contra o

---

<sup>249</sup>LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p.878.

<sup>250</sup>LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p.878.



acusado. A interpretação literal do art. 5, LVII da CF/88 levaria a negação do direito fundamental do Estado de impor sua ordem penal, ninguém poderia ser preso até o trânsito em julgado da condenação, isso levaria a um excesso de impunidade devido à quantidade de processos e a prescrição da pretensão punitiva do Estado<sup>251</sup>.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o direito francês, canadense e russo, definem o momento em que a culpa é provada como o marco de cessação do princípio da presunção de inocência. Diversas constituições de países democráticos e tratados internacionais consideram que a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta o princípio da presunção de inocência.

Já o Brasil segue a tradição das Constituições da Itália e dos países de língua portuguesa em geral, onde não se exige o trânsito em julgado. O Brasil já foi alvo de comentários na imprensa internacional sendo considerado muito generoso em relação à prisão preventiva e a exigência do trânsito em julgado para execução da sentença. A quantidade de recursos protelatórios atrasa o trânsito em julgado e atrapalha efetividade das decisões, fator reconhecido pelos próprios Ministros do STF<sup>252</sup>.

Analisando a Declaração Universal de Direitos Humanos, é perceptível que a exigência para que cesse a presunção de inocência é a prova da culpabilidade do agente, não se exigindo o trânsito em julgado. Portanto, o Brasil deveria ter se adequado a essa Declaração, tendo em vista sua importância em relação à incorporação do princípio da presunção de inocência a tratados internacionais e deveria ser tomada como parâmetro. Se analisarmos o direito aplicado no mundo, a maioria dos países não condiciona a prisão ao trânsito em julgado da condenação.

Deve-se levar em consideração que a ideia justiça se modifica com o tempo. A busca pela restauração da jurisprudência tradicional no HC nº 126.292/SP e sua confirmação no HC nº 152.752/PR, visa corrigir a instabilidade que se iniciou após 2009, onde ocorreu a primeira mudança de orientação, no sentido de que haveria ofensa ao princípio de presunção de inocência com a execução da pena após decisão de segunda instância.

---

<sup>251</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>252</sup>Idem.

Numa análise cronológica, percebe-se que na maior parte da vigência da constituição, se aceitou a execução da pena antes do trânsito em julgado. O período de atuação desse entendimento foi entre 1988 até 2009 e agora de 2016 até a presente data, 2018, totalizando mais de vinte e três anos. Percebe-se que a ideia agora vai ser mais difícil de ser modificada, tendo em vista que o entendimento contrário prevaleceu apenas num intervalo de sete anos, entre 2009 e 2016.

### **3.3.2. Relação do princípio da presunção de inocência com os recursos de natureza extraordinária e com a prescrição.**

Após o esgotamento das instâncias ordinárias, com a condenação confirmada em segunda instância, tem-se um forte indício da culpabilidade do réu e da necessidade de sua prisão. E mesmo na pendência de recursos seria compatível com a presunção de não culpabilidade exigir o cumprimento da pena. Portanto, não seria incompatível também que comesçassem a surgir os efeitos oriundos da responsabilização criminal afirmada pelas instâncias ordinárias<sup>253</sup>.

A condenação representa um juízo de culpabilidade, fruto de uma sentença de primeiro grau que se baseou em elementos de provas. É na apelação que deixará de existir o exame sobre fatos e provas, nela o que ocorre é o reexame a decisão judicial exercendo, assim, a aplicação do duplo grau de jurisdição. É necessário que se dê credibilidade as decisões ordinárias e que se preserve a efetividade da lei penal, que se ponderem outros bens jurídicos tutelados pelo direito penal com a relativização do princípio da presunção de inocência<sup>254</sup>.

A execução provisória aplicada nas decisões atuais funciona como um desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias, tratando-se exclusivamente de cumprimento do título condenatório. Na jurisprudência, existem Súmulas do STJ que tratam da matéria, como a Súmula 9 do STJ afirma que: “A exigência da prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional do princípio da presunção de inocência.”. Temos também a Súmula 267 do STJ: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.”.

---

<sup>253</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>254</sup>Idem.

O que o princípio busca é que o imputado seja preservado de juízos precipitados, porém, fica difícil compatibilizar esse respeito ao acusado diante da progressiva demonstração de sua culpa. A presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação cause efeitos severos. Um exemplo seria a Lei de Ficha Limpa, onde o acusado perde o direito de se eleger, isso a partir do julgamento em tribunal, sem a coisa julgada propriamente dita. Portanto, a presunção de inocência já é relativizada em nosso ordenamento jurídico<sup>255</sup>.

Pelo fato do princípio da presunção de inocência não ser uma regra, tal presunção pode ser aplicada com maior ou menor intensidade quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. Os bens jurídicos que a efetividade da lei penal busca resguardar são os direitos a propriedade, a vida, a dignidade da pessoa humana, a integridade física, dentre outros bens jurídicos relevantes que devem ser ponderados. Sendo assim, havendo demonstração segura de sua culpabilidade e encerrada a fase de fatos e provas, se ponderado com a efetividade da lei penal, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso<sup>256</sup>.

Entende-se que o princípio da presunção de inocência não deve ser aplicado literalmente, já que não pode ter caráter absoluto desconsiderando a harmonia dos princípios. Conforme afirmou o Ministro Edson Fachin, nenhuma norma, principalmente de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir votos de super princípio, ofuscando a eficácia de normas constitucionais de mesma hierarquia<sup>257</sup>.

Sobre o tema, o Ministro Luiz Roberto Barroso entende que a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente em sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Da mesma forma, os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia consideram que o princípio da presunção de inocência não pode ser considerado isoladamente, mas sim em harmonia com outros dispositivos constitucionais. Por

---

<sup>255</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>256</sup>Idem.

<sup>257</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

isso, em relação à ponderação de tais princípios, entende-se que a efetividade da lei penal merece prevalecer, principalmente diante da atual situação que são inúmeros os casos de impunidade e de injustiça<sup>258</sup>.

Após a Apelação, temos os recursos de natureza extraordinária, recurso especial para o STJ e o recurso extraordinário para o STF. Tais recursos não se prestam ao reexame da matéria fático probatória, após a decisão de segunda instância, ocorre uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos e as provas da causa<sup>259</sup>.

É como se ocorresse o “trânsito em julgado” da matéria fática probatória capaz de reformar a decisão, mas não houvesse o trânsito em julgado do processo, problema a ser solucionado pela jurisprudência ou pela legislação para que fique mais nítida a aplicação harmônica entre o princípio da presunção de inocência e as prisões cautelares.

A concessão de efeito apenas devolutivo aos recursos extraordinário e especial é um mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. É necessário que se analise a probabilidade de mudança através dos recursos especial e extraordinário, justamente por não examinarem fatos e provas, neste sentido a Súmula 279 do STF não permite a revisão de provas em sede de RE ou REsp<sup>260</sup>.

Cumprir ressaltar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou acórdãos recorríveis. Desta feita, tais recursos além de não estarem direcionados a resoluções de questões relacionadas a fatos e provas, não interrompem o prazo prescricional, ao invés de agir como uma garantia acabam inibindo a efetividade jurisdicional penal<sup>261</sup>.

Ou seja, após a sentença, caso não se execute logo a condenação, e a defesa recorra diversas vezes, poderá ocorrer a prescrição sem inércia do Ministério Público. A prescrição ocorreria por dois motivos: o fato dos recursos extraordinários

---

<sup>258</sup>Idem.

<sup>259</sup>Idem.

<sup>260</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>261</sup>Idem.

não interromperem o prazo prescricional e a demora na solução das demandas tendo em vista a massa de processos e a celeridade do sistema judiciário<sup>262</sup>.

Em vista da demora a que ocorra o trânsito em julgado, não se mostra incompatível que se execute a pena após decisão de segunda instância. A título de exemplo, vejamos o caso de uma pessoa condenada por homicídio, onde o júri ocorrera 15 anos depois, casos em que as pessoas não foram presas durante a instrução processual. Quando for se executar essa pena, a pessoa acusada já pode ter formado uma família, ter filhos e um bom emprego, ter se tornado outra pessoa em relação a que praticou o delito, a lei será aplicada, mas a ideia de justiça não existirá<sup>263</sup>.

Com o esgotamento das vias ordinárias, a execução da pena passa a ser, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do poder judiciário e do sistema penal. Nesse sentido, a execução se justifica pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais e para impedir a ocorrência da prescrição, bem como evitar o enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição estatal. Essa interpretação ajuda a tornar o sistema de justiça menos seletivo, mais equilibrado, tornando-o mais republicano e igualitário, combatendo o paradigma da impunidade do sistema criminal<sup>264</sup>.

Assim, encerrada a fase de provas, ocorrida após o duplo grau de jurisdição, não há afronta ao princípio, pois foram respeitadas todas as garantias do acusado. Com a espera do trânsito em julgado para iniciar a execução da pena, em face dos recursos protelatórios, do risco da prescrição, e do risco de impunidade, comprometeria a efetividade da justiça. Por isso é importante que se inicie o cumprimento de pena após a confirmação da condenação em segunda instância.

---

<sup>262</sup>Idem.

<sup>263</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 de mai. 2018.

<sup>264</sup>Idem.

### **3.3.3. Necessidade de fundamentação da decisão para que não haja ofensa ao princípio da presunção de inocência.**

Na maioria dos casos, a prisão decorrente de decisão de segunda instância não se trata de prisão cautelar, mas sim de prisão-pena. A prisão que vai executar a pena após o devido trânsito em julgado é a prisão-pena, as prisões cautelares, em especial a preventiva, estão destinadas a tutelar o processo e as investigações, efetiva aplicação da lei, e não podem ser utilizadas com a finalidade de executar a pena, pois nosso ordenamento jurídico proíbe a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Quando a condenação é confirmada em segunda instância, o início de cumprimento de pena seria uma possibilidade e não uma regra. Conforme afirmou o Ministro Gilmar Mendes, a execução provisória a partir de decisão em segunda instância passou a ser aplicada automaticamente pelas instâncias inferiores, sem levar em consideração a natureza do crime e as circunstâncias do caso concreto<sup>265</sup>.

Na atualidade, não se justifica uma leitura mais conservadora do princípio da presunção de inocência, que impede a execução da pena, mesmo com pronunciamento jurisdicional de segundo grau. Conforme entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, a Constituição não condiciona a prisão ao trânsito em julgado, mas sim a culpabilidade, onde o pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente<sup>266</sup>.

Outro fator a ser analisado é a necessidade da prisão do réu após decisão de segunda instância, como a sua periculosidade, o tipo de crime, a quantidade de pena, o regime aplicado, a reincidência, o risco de fuga ou risco pra testemunhas, o perigo da liberdade do réu para garantia da ordem pública. O sistema penal deve garantir mais segurança pra população e garantir a efetividade da aplicação da lei penal, evitando a impunidade e transmitindo sensação de justiça, visando coibir a prática de crimes justamente por haver uma sanção mais rigorosa e o criminoso não acreditar que o crime compensa.

Fatores como periculosidade, tipo do crime, regime de condenação, qualificadoras, bons antecedentes, residência fixa, participação em organização

---

<sup>265</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752, Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 05 de abril de 2018. Dje 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

<sup>266</sup>Idem.

criminosa, quando o criminoso se dedica habitualmente a atividades criminosas, não possui emprego, tudo isso deve ser analisado pelo magistrado na hora de proferir a decisão.

Diante desse cenário, percebe-se que a solução seria a fundamentação da decisão que determina os motivos da prisão, demonstrando a presença dos requisitos que justifiquem tal medida. O juiz deve analisar a possibilidade de manutenção da condenação com o trânsito em julgado, o verdadeiro risco que o acusado em liberdade traria para o processo, se ele solto pode impedir a correta solução da causa, o prejuízo da sua liberdade para a segurança social e a futura execução de uma possível condenação.

A presunção de inocência e a execução da pena a partir de decisão de segunda instância são conceitos que não se excluem, a prisão cautelar deve ser lida a partir do princípio da presunção de inocência, de modo a ocorrer somente se respeitado o referido princípio. Nesse sentido, a leitura dos requisitos necessários para decretação de qualquer prisão cautelar deve ser delimitada pela presunção de inocência.

Desta forma, não há ofensa ao princípio de inocência com a execução a partir de decisão de segundo grau desde que a prisão não ocorra de forma automática, divergindo, portanto do entendimento do STF. Já que o acusado é tratado como inocente durante todo o processo, respeitados todos seus direitos e garantias, tais como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, duplo grau de jurisdição e outros princípios que servem como base para nosso ordenamento jurídico.

Há assim, a possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado, porém de forma cautelar, não por cumprimento de pena por culpa formada incompletamente. Alguns dos motivos que justificam essa interpretação é que a prisão após decisão de segunda instância evita a impunidade e dá mais credibilidade ao sistema penal brasileiro, evitando que os condenados permaneçam mais tempo em liberdade se aproveitando da demora do julgamento dos recursos destinados às instâncias superiores.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou analisar se a execução da pena a partir de decisão condenatória proferida em segunda instância ofenderia o princípio da presunção de inocência. O tema é importante, pois aborda dois institutos relevantes, a liberdade do indivíduo e suas garantias constitucionais, e a eficácia da lei penal que garante a execução de uma possível condenação.

Conforme analisado, a importância do tema se confirmou quando o Supremo Tribunal Federal voltou a discutir a matéria a qual já havia decidido dois anos atrás, demonstrando assim a divergência de entendimentos sobre o tema. O tema ganhou ainda mais importância na atualidade, por tratar da prisão após decisão de segunda instância de um Ex-presidente do Brasil.

No primeiro capítulo, entendeu-se que o princípio da presunção de inocência foi especificado no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre direitos e deveres individuais e coletivos. Tal princípio é fruto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, resultado dos movimentos históricos de incorporação do princípio da presunção de inocência ao direito tendo sua origem desde o iluminismo.

Ainda no primeiro capítulo, concluiu-se que a presunção deve ser incluída na categoria dos princípios, não se tratando de uma regra onde se cumpre tudo ou nada. Além disso, é nítida a interação do princípio da presunção de inocência com outros princípios constitucionais. A CF/88 optou pela terminologia “presunção de inocência”, porém, a terminologia “presunção da não culpabilidade” também é considerada correta, possuem a mesma essência e muitas vezes são utilizadas sem distinção.

Restou evidenciado que o princípio da presunção de inocência atua invertendo o ônus probatório, atuando como paradigma de tratamento do acusado e também valora a prova em favor do acusado quando há dúvida. Trata-se de direito constitucional fundamental que veda qualquer juízo de culpabilidade, que proíbe a privação de liberdade do indivíduo sem o devido trânsito em julgado da sentença condenatória.

No segundo capítulo ficou demonstrado que a prisão é a privação da liberdade de locomoção do indivíduo. Considerada uma medida de exceção, ocorre apenas quando se faz necessária para a efetividade da investigação e do processo,



ou quando resulta de uma sentença condenatória transitada em julgado. Em relação aos princípios, concluiu-se que servem como base para o ordenamento jurídico, indicando um fim a ser preservado, devendo ser analisados em conjunto e ponderados de acordo com sua relevância para o caso concreto.

A prisão possui duas espécies, a prisão cautelar ou provisória e a prisão-pena ou prisão definitiva. Cada uma visa um objetivo distinto, e apesar da prisão-pena visar a execução da pena por parte do acusado, tem sido aceita a antecipação da execução a partir da decisão de segunda instância.

inferiu-se que a prisão pena deriva da condenação penal propriamente dita, satisfazendo a pretensão punitiva do estado, exigindo o cumprimento da sentença pelo criminoso. Em relação a prisão cautelar, essa deve existir somente se preenchidos seus requisitos, o objetivo deve ser acautelatório, levando em conta a natureza do crime, probabilidade de condenação e o risco da liberdade do acusado em relação a efetividade do processo.

Quanto às espécies de prisão cautelar, a prisão preventiva merece destaque, pois é a mais utilizada no Brasil e tem a função de acautelar o processo enquanto durarem seus fundamentos. Cumpre ressaltar que na decisão que determina a prisão preventiva deve ser fundamentada relacionando os pressupostos com os fatos ocorridos e analisando o risco da liberdade do acusado para o processo ou para garantir a execução de uma futura condenação.

Conforme demonstrado, a única prisão possível antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é a prisão cautelar, não ofendendo o princípio da presunção de inocência. A prisão pena só deve ocorrer quando a decisão condenatória transitar em julgado, evidenciando assim a harmonia entre os institutos.

Ao final, foram analisados os *Habeas Corpus* impetrados para o STF que tratam da matéria relacionada ao princípio da presunção de inocência e as prisões, discorrendo sobre a harmonia dos institutos ou possível colisão entre eles. Ambos consideraram que não há ofensa ao princípio da presunção de inocência com a execução da pena a partir de segunda instância. Na abordagem dos votos, ficou demonstrado que a mudança de posição em relação ao tema por alguns Ministros se tornaram decisivas para a manutenção do entendimento.

Percebe-se que esse entendimento agora será mais difícil de ser modificado, tendo em vista que recentemente o Supremo Tribunal Federal confirmou

a aplicação da jurisprudência tradicional, que permite a execução da pena a partir de decisão de segunda instância. Tal entendimento vem sendo aplicado num total de mais de 23 anos, compreendendo os lapsos temporais entre 1988 e 2009 e entre 2016 e 2018. Diante da atual situação do país, seria mais conveniente a relativização do princípio da presunção de inocência, tendo em vista os diversos casos de prescrição e de impunidade, resultantes da demora pelo trânsito em julgado.

Na análise crítica, concluiu-se que na maioria dos países não se exige o trânsito em julgado para início de cumprimento da pena. Em relação aos recursos de natureza extraordinária, concluiu-se que eles não se prestam ao reexame da matéria fático probatória, após a decisão de segunda instância não se discute mais sobre fatos e provas, diminuindo desta forma a possibilidade de reforma da condenação. Quanto à relação da presunção de inocência com a prescrição, concluiu-se que a demora pelo trânsito em julgado favorece de certa forma a ocorrência desse fenômeno, prejudicando a aplicação da lei penal.

Concluiu-se que a execução provisória da pena após decisão de segunda instância, desde que fundamentada a decisão e que não ocorra de forma automática, não ofende o princípio da presunção de inocência. Mas diferentemente do entendimento do STF, a prisão antes do trânsito em julgado da sentença só pode ocorrer se tiver caráter cautelar, daí a necessidade de não ocorrer de forma automática e de justificativas plausíveis na decisão do magistrado. Caso ocorra de forma automática, sem uma fundamentação que demonstra a verdadeira necessidade da medida, concluiu-se que nesse caso haveria ofensa ao princípio da presunção de inocência.

## REFERÊNCIAS

- GOMES, Magno Federici. *A compatibilidade entre a Presunção da Inocência e a Prisão Preventiva*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Nº 53. Trad. Hugo Vidal Trindade. São Paulo: Editora IOB, 2009.
- FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. *A prisão preventiva e o princípio presunção da inocência*. Londrina: UNOPAR Cient., Ciências Jurídicas Empresariais, 2004.
- FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. *Princípio da presunção de inocência alguns aspectos históricos*. Conteúdo Jurídico, jan 2015. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/artigo,princípio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos,52030.html>>. Acesso em: 19 set. 2018.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015.
- MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquemático*. São Paulo: Método, 2015.
- MIRABETE, Júlio Fabrin. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal - tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)>. Acesso em: 15 set. 2015.
- WEDY, Miguel Tedesco. *Prisão cautelar e princípios constitucionais*. Passo Fundo: Revista Justiça do Direito, v. 18, 2004.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 22 set. 2015.
- RAMOS, Máira Silva da Fonseca Ramos. *A Instrumentalidade Qualificada do Processo Cautelar*. JusNavigandi, mar 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24049/a-instrumentalidade-qualificada-do-processo-cautelar>>. Acesso em: 26 set. 2015.
- MESQUITA, Luiz Gustavo M.. *O Processo Cautelar, Fungibilidades das Tutelas de Urgência e a Subsistência do Processo Cautelar Autônomo*. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<http://luisgustavo191089.jusbrasil.com.br/artigos/118308993/o-processo-cautelar-fungibilidade-das-tutelas-de-urgencia-e-a-subsistencia-do-processo-cautelar-autonomo>>. Acesso em: 27 set. 2015.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 126.190*, Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 6 de agosto de 2009. Dje08 de Setembro de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 de fev. 2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 100.012*, Relator: Ricardo Levandowski. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009. Dje 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <[http://portal.stf.jus.br/](https://portal.stf.jus.br/)>. Acesso em: 28 de mar. 2018.
- GOMES, Magno Federici. *A compatibilidade entre a Presunção da Inocência e a Prisão Preventiva*. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Nº 53. Trad. Hugo Vidal Trindade. Editora IOB. São Paulo: p. 19-33, Dez/2009.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126.292*, Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Dje 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>.
- ON LINE, O povo. *STF rejeita habeas corpus e abre caminho para prisão de Lula*. 1997. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/politica/ae/2018/04/como-votaram-os-ministros-no-julgamento-de-habeas-corpus-de-lula.html>>. Acesso em: 04 jun. 2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 152.752*, Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 05 de abril de 2018. Dje 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01 de mai. 2018.
- CASADO, Letícia. *Por 6 a 5, Supremo nega habeas corpus para evitar prisão de Lula*. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/por-6-a-5-supremo-nega-habeas-corpus-para-evitar-prisao-de-lula.shtml>>. Acesso em: 07 jun. 2018.